

DIE TATBESTÄNDE
DER SOGENANNTEN NICHTVERKEHRSGESCHÄFTE

von

HARTMUT REEB

Mainz 1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE TATBESTÄNDE
DER SOGENANNNTEN NICHTVERKEHRSGESCHÄFTE

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

HARTMUT REEB

Gerichtsreferendar

aus Darmstadt

MAINZ 1967

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Horst Bartholomeyczik
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Johannes Bärmann
Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1966



Gesamtherstellung: Ditters Bürodienst Mainz

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Einleitung	1
1. Teil: Nichtverkehrsgeschäfte, die sich als "einaktige" oder direkte Erwerbsgeschäfte darstellen	5
A. Nichtverkehrsgeschäfte im Liegenschaftsrecht	5
I. Personelle Identität von Veräußerer (Verfügendem) und Erwerber	5
1. Der Erwerb von Grundpfandrechten durch den eingetragenen Nichteigentümer	5
a. Lösungsversuch durch Wortinterpretation des § 892 BGB	7
b. Sinndeutende Auslegung des § 892 BGB	8
aa. Feststellung der durch die Vorschrift berührten Interessen	9
bb. Ermittlung der für die berührten Belange aufgestellten Rangordnung	10
cc. Feststellung der für die aufgestellte Rangordnung maßgeblichen Zielsetzung und Ermittlung der zugrunde liegenden Richtigkeitsgedanken	10
aaa. Gesetzesmaterialien	10
bbb. Historische Interpretation	14
ccc. Systematische Auslegung	15
dd. Ergebnis	17
ee. Die abweichende Auffassung von Heck	17
aaa. Darstellung	17
bbb. Würdigung	18

2.	Umwandlungen von dinglicher Bruchteilsberechtigung in Gesamthandsberechtigung und umgekehrt unter denselben Personen	19
a.	Auflassungsnotwendigkeit	20
b.	Ergebnis aufgrund der restriktiven Auslegung des § 892 BGB	21
3.	Umwandlungen von Berechtigungen einer Gesamthand in die einer anderen Gesamthand unter denselben Personen	22
4.	Rechtsgeschäfte, bei denen keine vollständige Identität der beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite besteht	22
a.	Auf der Erwerberseite kommen dritte, auf der Veräußererseite nicht beteiligte Personen hinzu	23
b.	Auf der Erwerberseite steht nur ein Teil der auf der Veräußererseite Beteiligten	24
II.	Wirtschaftliche Identität auf Veräußerer- und Erwerberseite	25
1.	Umwandlungen von Allein-, Bruchteils- oder Gesamthandsberechtigungen in solche juristischer Personen und umgekehrt bei Gleichheit der beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite	25
a.	Lösung nach Serick	26
b.	Lösung aufgrund der restriktiven Auslegung des § 892 BGB	27
c.	Die entgegenstehende Auffassung von Bing	28
d.	Die Fälle der Veräußerung sämtlicher Anteile einer fälschlich im Grundbuch eingetragenen juristischen Person	30
aa.	Möglichkeit einer extensiven Auslegung des § 892 BGB	31
bb.	Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 892 BGB	32

e.	Die Fälle der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und umgekehrt	33
2.	Umwandlungen von Allein-, Bruchteils- oder Gesamthandsberechtigungen in solche juristischer Personen und umgekehrt bei nur teilweiser (unvollkommener) Identität der beteiligten natürlichen Personen	34
a.	Auf der Erwerberseite kommen dritte, auf der Veräußererseite nicht beteiligte natürliche Personen hinzu	34
aa.	Lösung nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 892 BGB	35
bb.	Differenzierende Lösung (Der Vorschlag von Müller-Freienfels)	35
b.	Auf der Erwerberseite steht nur ein Teil der auf der Veräußererseite beteiligten natürlichen Personen	36
aa.	Lösung nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 892 BGB	36
bb.	Differenzierende Lösung	37
cc.	Abgrenzungsschwierigkeiten bei differenzierender Lösung	38
dd.	Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit (Einheitslösung) und Gerechtigkeit (differenzierende Lösung)	39
aaa.	Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als Wertideen des Rechts	39
bbb.	Der grundsätzliche Widerstreit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit	40
ccc.	Lösung des Konflikts	41

	Seite
B. Nichtverkehrsgeschäfte im Fahrnisrecht	43
I. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 932 ff BGB	43
II. Die Normvoraussetzungen der §§ 932 ff BGB im Vergleich mit denjenigen des § 892 BGB	44
III. Den für das Liegenschaftsrecht dargestellten Tatbeständen entsprechende Fälle von Nichtverkehrsgeschäften im Fahrnisrecht	44
C. Sondertatbestände	45
I. Treuhandgeschäfte	45
1. Charakterisierung der Tatbestände	45
2. Verwaltungstreuhand	46
a. Erforderlichkeit eines wirtschaftlichen Eigen- interesses des Erwerbers	47
b. Das wirtschaftliche Eigeninteresse des Verwaltungs- Fiduziars	48
3. Sicherungstreuhand	49
II. Der Erwerb des mittelbaren Stellvertreters	49
1. Formen des Eigentumserwerbes durch mittelbaren Stellvertreter	50
2. Das wirtschaftliche Eigeninteresse des mittelbaren Stell- vertreters am Eigentumserwerb in seiner Person	50
a. Bei Gutgläubigkeit des Geschäftsherrn	51
b. Bei Bösgläubigkeit des Geschäftsherrn	52
III. Die sogenannte vorweggenommene Erbfolge	54
1. Charakterisierung der Tatbestände	54
2. Die Auffassung des Reichsgerichts	55
3. Kritik und Lösung nach der Zwecksetzung der Gutglaubensschutzvorschriften	56

2. Teil: Nichtverkehrsgeschäfte, die sich als "zweiaktige" oder Rückerwerbstatbestände darstellen	59
A. Analyse der Rückerwerbstatbestände und Darlegung der Problemsituation	59
I. Charakteristische Beispielfälle	59
II. Die Verfügung des Nichtberechtigten (Das Zwischenerwerbsgeschäft)	60
1. Die Problemlage bei Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten	60
2. Die Problemlage bei Unwirksamkeit der Verfügung des Nicht- berechtigten	60
III. Die Rückverfügung des Zwischenerwerbers an den Nicht- berechtigten (Das Rückerwerbsgeschäft i. e. S.)	61
1. Rückerwerbsgründe, die in einem rechtlichen Zusam- menhang mit der Zwischenverfügung stehen	61
2. Rückerwerbsgründe, die in keinem Zusammenhang mit der Zwischenverfügung stehen	61
B. Lösungsmöglichkeiten in Einzelfällen	62
I. Lösungsmöglichkeiten durch Auslegung des Rückerwerbs- geschäftes	62
1. Der Nichtberechtigte als offener Stellvertreter des Altberechtigten	62
2. Der Nichtberechtigte als verdeckter Stellvertreter des Altberechtigten	63
3. Feststellung im Wege der ergänzenden Vertrags- auslegung, daß der Nichtberechtigte als falsus procurator des Altberechtigten zurückerworben hat: Der Lösungsvor- schlag von Biller	63
II. Lösungsmöglichkeiten aufgrund der zwischen den Beteiligten bestehenden obligatorischen Beziehungen	64

1. Die Rechtslage vor Rückübertragung an den Nichtberechtigten	64
a. Lösung nach der Doppelkondiktions-Lehre	65
b. Lösung nach der Einheitskondiktions-Lehre	67
2. Die Rechtslage nach Rückübertragung an den Nichtberechtigten	68
III. Lösungsmöglichkeiten aufgrund besonderer gesetzlicher Bestimmung	69
1. Der Rückerwerb von gutgläubig erworbenen Forderungsrechten	70
a. Allgemeines	70
b. Der Rückerwerb eines Wechsels	71
aa. Möglichkeiten der Nichtberechtigung eines Wechselinhabers und die sich hieraus für den Wechselschuldner ergebenden Einwände	72
bb. Die dem Schuldner nach Rückerwerb des Wechsels durch den Nichtberechtigten gegen diesen zustehenden Einwände	74
aaa. Konstruktion nach der Offerten-Theorie ..	75
bbb. Konstruktion nach der Bedingungs-Theorie	76
cc. Ergebnis	76
2. Der Rückerwerb des Erbschaftsbesitzers	77
3. Der Rückerwerb nach fiduziarischer Veräußerung	77
4. Der Rückerwerb aufgrund der §§ 29 ff KO, §§ 1 ff AnfG	79
C. Allgemeine Lösungsmöglichkeit	80
I. Die Notwendigkeit einer allgemeinen Lösung	80
II. Der Lösungsversuch von Ewald	81
1. Darstellung der Lösung Ewalds	81
2. Kritik der Lösung Ewalds	83

III. Lösungsmöglichkeit aufgrund einer Restriktion der Gutgläubensschutzvorschriften	84
1. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom nichtberechtigten Zwischenerwerber	84
a. Der Rückerwerb steht in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Zwischenverfügung	85
b. Der Rückerwerb steht in keinem Zusammenhang mit der Zwischenverfügung	86
c. Abgrenzung von Nichtverkehrsgeschäften und Verkehrsgeschäften durch Klärung des Begriffes des "rechtlichen Zusammenhanges"	86
2. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom berechtigten Zwischenerwerber	89
3. Die vorgenommene Einschränkung der Gutgläubensschutzvorschriften als Rechtsfortbildung	90
a. Grenzen der (restriktiven) Auslegung	91
b. Das Verhältnis von Auslegung und Rechtsfortbildung ..	93
c. Zulässigkeit und Methode der Rechtsfortbildung	94
aa. Grundsätzliche Zulässigkeit	94
bb. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung bei Lückenhaftigkeit des Gesetzes	94
cc. Begriff und Arten der Gesetzeslücken	94
dd. Methode der Feststellung von Gesetzeslücken ..	96
aaa. Allgemeine Grundsätze	96
bbb. Der Normzweck i. V. mit dem "negativen Gleichheitssatz" als Mittel und Maßstab der Lückenfeststellung	96
ccc. Die Problemlage als verdeckte Regelungslücke	97
ee. Ausfüllung von verdeckten Regelungslücken durch teleologische Reduktion	97
aaa. Das Verhältnis von Lückenfeststellung und -ausfüllung	97

bbb. Die Kenntlichmachung der Lücken- ausfüllung	98
ccc. Normregeln, die der Gesetzgeber aufstellen würde	98
d. Ergebnis	99
4. Der Sondertatbestand des sogenannten "böswilligen Rückerwerbs"	99
a. Unmöglichkeit einer Lösung nach den aufgestellten Grundsätzen (kein Nichtverkehrsgeschäft)	99
b. Lösungsmöglichkeit aufgrund einer "Gesetzes- umgehung"	99
aa. Gesetzesumgehung bei Nichtverbotsgesetzen .	100
bb. Lösung durch teleologische Reduktion der Schutzvorschriften	100
Zusammenfassung	102

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- | | |
|--------------------|--|
| Bartholomeyczik | Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3.Aufl., Frankfurt 1965 |
| | Erbrecht, 7.Aufl., München und Berlin 1965 |
| Baumbach-Hefermehl | Kommentar zum Wechselgesetz und Scheckgesetz, 8.Aufl., München und Berlin 1965 |
| Baur | Lehrbuch des Sachenrechts, 3.Aufl., München und Berlin 1966 |
| Beyerle, Franz | Besprechung von Jenny "Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem Schweizerischen ZGB", in AcP 127, 368 ff |
| | Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932 |
| Biller, Otto M. | Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom gutgläubigen Erwerber, Diss. Köln 1950 |
| Binding | Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer nach BGB §§ 932 und 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, Leipzig 1908 |
| Bing | Anmerkung zu einem Beschluß des KG in JW 1927, 1431 |
| Boehmer | Doppeldondiktion oder Einheitskondiktion in Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2.Buch, 2.Abtteilung, S.6 ff, Tübingen 1952 |
| | Besprechung von Eichler "Die Rechtslehre vom Vertrauen", in JZ 1952, 574 ff |
| Boesebeck | Anmerkung zu Entscheidungen des OLG Stuttgart in JW 1927, 62 |
| v.Caemmerer | Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, S.145 ff |

- Canaris, Claus W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Drobnig Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M 1959
- Ehrenberg, Victor Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, in Jher. Jb. Bd.47, S.273 ff
- Eichler Institutionen des Sachenrechts, Berlin 1956-1960
- Emmerich Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1930, 256
- Endemann Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1931, 610
- Engisch Einführung in das juristische Denken, 3.Aufl., Stuttgart 1964
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil, in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd., 15.Aufl., Tübingen 1956
- Epping Die Aufwertungsrechtsprechung und der öffentliche Glaube des Grundbuches, in DRiZ 1931, 171 ff
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1 und 2, 3.Aufl., Münster 1962
(zit.: Erman und Bearbeiter)
- Ewald Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, in Jher. Jb. Bd.76, S.233 ff
- Fritsch Der öffentliche Glaube des Grundbuches bei Personengleichheit des Verfügenden und des Erwerbers, in Jher.Jb. Bd.82, S.253 ff
- Germann Methodische Grundfragen, Basel 1946
- Gernhuber Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
- Gierke, Julius von Handels- und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl., Berlin 1958

- Gierke, Julius von Sachenrecht, 3.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948
- Gierke, Otto von Deutsches Privatrecht, 2.Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905
- Gummel Eine rechtsschöpferische reichsgerichtliche Aufwertungs-Grundbuchentscheidung, in DNotZ 1929, 464 ff
- Hälbig Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten, Diss. Halle-Wittenberg 1929
- Haymann Zuwendung aus fremdem Vermögen, in Jher.Jb. Bd.77, S.188 ff
- Heck Lehrbuch des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Heinsheimer, Rudolf Die Anwendung des § 892 auf Rechtsgeschäfte zwischen denselben natürlichen Personen und mit Verbänden, in Gruch.Beitr. Bd.72, S.174 ff
- Hellwig Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, in AcP Bd.64, S.369 ff
- Henrichs Der Schutz des gutgläubigen Wechselserwerbers nach dem einheitlichen Wechselgesetz der Genfer Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den Vertragsstaaten, Frankfurt und Berlin 1962
- "Die Wechselzwillinge". Praktischer Fall, in JuS 1964, 486 ff
- Hueck, Alfred Das Recht der OHG, 3.Aufl., Berlin 1964
- Hübner Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955
- Kiehl Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs, in JW 1922, 787 ff
- Krapp Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Diss. Mainz 1955

- Krawielicki Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, in
Jher.Jb. Bd.81, S.257 ff
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-
Göttingen-Heidelberg 1960
- Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfort-
bildung, Vortrag, gehalten vor der Juristischen
Studiengesellschaft in Karlsruhe am 19.Okt. 1964,
Karlsruhe 1964
(zit.: Larenz, Vortrag)
- Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches
Problem, in NJW 1965, 1 ff
- Lehrbuch des Schuldrechts, II.Bd., Besonderer
Teil, 6.Aufl., München und Berlin 1964
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des BGB, 15.Aufl., Berlin 1966,
neu bearbeitet von Hübner
- Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt/
Main 1959
- Lion-Levy Anmerkungen zu einer Entscheidung des RG in
JW 1928, 1555
- v. Lübtow Hand wahre Hand, in Festschrift der juristischen
Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41.Ju-
ristentag 1955, S.119 ff
- Lutter Der Gutglaubensschutz im Grundbuch, in AcP
Bd.164, S.122 ff
- v. Mangoldt Löschung von Hypotheken in der Rückwirkungs-
zeit, Unrichtigkeit des Grundbuches und Anwen-
dung des § 892 BGB im Aufwertungsrecht, in AcP
Bd.134, S.81 ff
- v. Mayr, Robert Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, Leipzig 1903
- Meier-Hayoz Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951

- Müller-Erbach Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interesselage entwickelt, Berlin 1905
- Müller-Freienfels Zur Lehre vom sog. Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, in AcP Bd.36 (N.F.), S.522 ff
- Nußgens Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Bonn 1939
- Oertmann Ersitzung und Bereicherungshaftung, in Das Recht 1920, Sp.585 ff
Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, in ZHR Bd.95, S.443 ff
Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen, in Das Recht 1915, Sp.510 ff
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25.Aufl., München und Berlin 1966
- Pflug Der rücklaufende Wechsel, Diss. Mainz 1967
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Bd., 2.Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 4.Aufl., Berlin und Leipzig 1928u
III.Bd., Sachenrecht, 5.Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Radbruch Rechtsphilosophie, 6.Aufl., Stuttgart 1963
Vorschule der Rechtsphilosophie, 2.Aufl., Göttingen 1959
- Reichel Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, in GrünhutsZ Bd.42, S.173 ff
- Reinhard Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1929, 734
- Reinhardt,Rudolf Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmannengesellschaft, in Festschrift für H.Lehmann, Berlin-Göttingen-Frankfurt 1956, Bd.II, S.576 ff

- Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
I.Bd., 4.Aufl., Berlin, Frankfurt 1960
II.Bd., 4.Aufl., Berlin, Frankfurt 1963
- Schmidt-Rimpler Das Kommissionsgeschäft, in Ehrenbergs Handbuch
des Handelsrechts, Bd.V, I.Abteilung, 1.Hälfte,
S.477 ff
- Serick Rechtsform und Realität juristischer Personen,
Berlin und Tübingen 1955
- Siebert Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis,
2.Aufl., Marburg 1933
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd.I, §§ 1-432, 9.Aufl., Stuttgart 1959
Bd.III, Sachenrecht, 9.Aufl., Stuttgart 1960
- v.Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd.I, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Berlin 1957
Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse,
3.Teil, 11.Aufl., Berlin 1958,
4.Teil, 11.Aufl., Berlin 1960
Bd.III, Sachenrecht, 9.Aufl., Berlin 1926
1.Teil, 11.Aufl., Berlin 1956
2.Teil, 11.Aufl., Berlin 1963
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet
von Schönke-Pohle, 18.Aufl., Tübingen 1956
- Stein, E. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfort-
bildung durch die Rechtsprechung, in NJW 1964,
1745 ff
- Stoevesandt Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, 8.Beiheft
zur ZHR, Stuttgart 1936
- Stranz Kommentar zum Wechselgesetz, 14.Aufl., Ber-
lin 1952
- Teichmann, Arndt Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962
- v. Tuhr Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 2.Bd., 2.Hälfte, München und Leipzig
1918

v. Tuhr	Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, in GrünhutsZ Bd.25, S.529 ff
Weber	Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, 37.Heft der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Breslau 1914
Westermann, H.Peter	Die causa im deutschen und französischen Zivilrecht, Diss. Köln 1964
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, 5.Aufl., Karlsruhe 1966
Wolff, Martin	Sachenrecht, in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.III, 1.Aufl., Tübingen 1910
Wolff-Raiser	Sachenrecht, in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.III, 10.Aufl., Tübingen 1957
Zitelmann	Lücken im Recht, Leipzig 1903
Zweigert	Rechtsvergleichens-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, in RabelsZ 23.Jhg. 1958, S.1 ff
Anhang: Gesetzesmaterialien	
Motive	zum 1.Entwurf des BGB, Bd.III, Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1888
Protokolle	der Kommission für die 2.Lesung des Entwurfes des BGB, Bd.III, Sachenrecht, Berlin 1899

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens vom 20.5. 1898
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AufwG	Aufwertungsgesetz vom 16.7.1925
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht, auch Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BGHZ, BGH	Bundesgerichtshof, auch Sammlung von Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfGE, BVerfG	Bundesverfassungsgericht, auch Sammlung von Entscheidungen des BVerfG (Band und Seite)
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift, früher Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
Einl.	Einleitung
GBO	Grundbuchordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gruch.,Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Begründet von Gruchot (Band und Seite)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut (Band und Seite)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung vom 24.4.1947
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes (Band und Seite)
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
Jhg.	Jahrgang
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
N.F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLGE, OLG	Oberlandesgericht, zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
PrALR	Das Preußische Allgemeine Landrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rdnr.	Randnummer
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Spalte)
RGZ, RG	Reichsgericht, auch amtliche Sammlung der Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen (Band und Seite)

S.	Seite
sogen.	sogenannt
Sp.	Spalte
WG	Wechselgesetz vom 21.6.1933
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band und Seite
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

Das geltende Zivilrecht ermöglicht um der Verkehrssicherheit willen und zum Nachteil des wahren Berechtigten unter bestimmten Voraussetzungen den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten. Die Frage nach der Berechtigung dieser Regelung beschäftigt die deutsche Zivilrechtsdogmatik seit Schaffung des BGB (1); nach längerer Ruhepause ist die Diskussion in letzter Zeit durch die Beiträge von Hübner (2), v. Lübtow (3) und Zweigert (4) neu entfacht worden. Eine Stellungnahme hierzu muß jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit unterbleiben; denn Anknüpfungspunkt für die folgenden Untersuchungen ist das geltende Recht. Es ist also de lege lata trotz aller Bedenken (5) von der Berechtigung der Gutgläubensregelung und der ihr zugrunde liegenden Interessenbewertung auszugehen, die den stark in den Vordergrund gerückten Belangen des Verkehrsschutzes gegenüber dem Erhaltungsinteresse des Eigentümers den Vorzug gibt. Man kann jedoch nicht übersehen, daß eine wortgetreue Anwendung der betreffenden Vorschriften mitunter zu Ergebnissen führt, die der Schutzzweck der Gutgläubensregelung nicht umfaßt. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

-
- (1) Damals wandte sich gegen die Gutgläubensregelung vor allem Binding, aaO.
 - (2) Vgl. Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955.
 - (3) Vgl. v. Lübtow, Hand wahre Hand, in Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Juristentag 1955, S. 119 ff.
 - (4) Vgl. Zweigert, Rechtsvergleichend-kritisches zum Gutgläubigen Mobiliarerwerb, in RabelsZ, 23. Jg. 1958, S. 1 ff.
 - (5) Hübner, aaO., S. 77 und v. Lübtow, aaO., S. 204 ff polemisieren gegen den "Götzen Verkehrsinteresse". v. Lübtow, aaO., S. 230 ff, gelangt zu dem Ergebnis, daß der römischen Lösung und ihrem Grundsatz "nemo plus iuris..." der Vorzug zu geben sei. Hübner, aaO., S. 89 ff, fordert eine schärfere Differenzierung, wann dem wahren Eigentümer von der Gefahrenbeherrschung her die täuschende Besitzlage des Nichtberechtigten zugerechnet werden könne. Zweigert, aaO., S. 16 ff, schließlich will - wie dies im anglo-amerikanischen Rechtskreis gehandhabt wird - zwischen Handels- und Zivilverkehr unterscheiden und nur im Handelsverkehr gutgläubigen Erwerb zulassen; hierbei soll es gleichgültig sein, ob es sich um anvertraute oder abhanden gekommene Sachen handelt. Im übrigen Rechtsverkehr soll als Grundsatz die römische Regel gel-

- Fall 1: Der im Grundbuch zu Unrecht eingetragene Nichteigentümer N eines Grundstückes bestellt sich nach § 1196 BGB eine Eigentümergrundschuld.
Bei wortgetreuer Anwendung des § 892 BGB würde N die Grundschuld erwerben.
- Fall 2: N_1 und N_2 sind fälschlich im Grundbuch als Grundstückseigentümer zu Bruchteilen eingetragen. Demnächst gründen sie eine OHG, deren alleinige Gesellschafter sie sind. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sie sich, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin wird das Grundstück an die Gesellschaft aufgelassen und diese im Grundbuch eingetragen.
Auch hier würden N_1 und N_2 als Gesellschafter der OHG bei wörtlicher Anwendung des § 892 BGB Eigentümer des Grundstückes.
- Fall 3: N veräußert ein Buch, das er von A geliehen hatte, unter Vorbehalt des Rücktrittsrechtes an den gutgläubigen Z. Bald darauf übt N sein Rücktrittsrecht aus; Z übereignet das Buch an N zurück.
Nachdem zunächst Z nach § 932 BGB Eigentümer des Buches geworden ist, erwirbt N seinerseits Eigentum vom Berechtigten nach § 929 BGB.

Eine Anwendung der Gutglaubensschutzvorschriften führt hier also zu dem interessenwidrigen Ergebnis, daß jeweils der ursprünglich Nichtberechtigte zum Berechtigten wird.

Diese Fälle, in denen das Gesetz einen Verkehrsschutz gewährt, obwohl ein Bedürfnis danach gezeugnet werden muß, lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen:

1. Der oder die nichtberechtigten Veräußerer treten auch auf der Erwerberseite auf; sind mehrere Nichtberechtigte beteiligt, so ist die Problemlage dadurch gekennzeichnet, daß sich die Nichtberechtigten in jeweils verschiedener rechtlicher Verbundenheit auf Veräußerer- und Erwerberseite gegenüberstehen.

ten und eine Ausnahme nur dann gemacht werden, wenn der Eigentümer den Rechtsschein des Nichtberechtigten zurechenbar veranlaßt hat, indem er außer der Besitzüberlassung weitere Indizien in der Person des Nichtberechtigten geschaffen hat, die den Glauben des Erwerbers an das Eigentum des Nichtberechtigten begründen.

2. Der nichtberechtigte Veräußerer erwirbt den betreffenden Gegenstand von einem Zwischenerwerber zurück.

Muß man zwar, wie betont, die Existenz der Gutgläubensvorschriften de lege lata grundsätzlich hinnehmen, so ergeben sich doch angesichts der aufgezeigten interessenwidrigen Ergebnisse erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Ausgestaltung dieser Vorschriften im geltenden Recht (6). So erscheint die Gutgläubensregelung vor allem insoweit angreifbar, als sie positiv einen Eigentumserwerb des Gutgläubigen statuiert (7). Der als notwendig erkannte Schutz des Gutgläubigen ließe sich ebenso gut dadurch realisieren, daß man lediglich negativ den Herausgabeanspruch des wahren Berechtigten gegenüber dem gutgläubigen Dritterwerber ausschließt: Eine Regelung also, wie sie nach dem "Hand-wahre-Hand"-Grundsatz auch im alten deutschen Recht bestand (8). Eine entsprechende Ausgestaltung zeigt im heutigen Recht lediglich Art.16 Abs.II Wechselgesetz; nach allgemeiner Meinung (9) begründet diese Vorschrift jedoch trotz der anders lautenden Formulierung positiv einen Eigentumserwerb des gutgläubigen Wechselerwerbers.

Bei Geltung einer derartigen, lediglich den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegenüber einem gutgläubigen Dritten ausschließenden Gutgläubensregelung wäre das vorliegende Problem der Nichtverkehrsgeschäfte gegenstandslos: Denn gegenüber dem Nichtberechtigten selbst würde der Vindikationsanspruch des Eigentümers jedenfalls durchdringen; der Eigentümer könnte also die Sache ohne weiteres von dem oder den Nichtberechtigten herausverlangen, gleichgültig, ob die Nichtberechtigten die Sache inzwischen in anderer rechtlicher Verbundenheit erworben haben oder ob der Nichtberechtigte die Sache nach einer Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten von diesem zurückerworben hat.

Diese Erwägungen haben allerdings nur für eine Lösung des Problems de lege ferenda Bedeutung; für eine Lösung de lege lata vermögen sie nichts beizutragen.

Aufgabe dieser Arbeit ist eine systematische Darstellung der sogen. Nicht-

-
- (6) Vgl. hierzu vor allem Hübner, aaO.
(7) Weitere Bedenken lassen sich gegen die unterschiedliche Behandlung von abhanden gekommenen und anvertrauten Sachen geltend machen, vgl. hierzu Hübner, aaO., S.89 ff und Zweigert, aaO., S.18.
(8) Vgl. hierzu O.v.Gierke, aaO., S.552 ff.
(9) Vgl. statt vieler Baumbach-Hefermehl, Art.16 Rdnr.8.

verkehrsgeschäfte, der Fälle also, in denen das Gesetz einem Nichtberechtigten einen interessenwidrigen Verkehrsschutz gewährt; es wird hierbei versucht, für den interessengemäß zu fordernden Ausschluß der Schutzvorschriften in diesen Fällen eine methodisch und dogmatisch einwandfreie Begründung zu geben.

1. Teil

NICHTVERKEHRSGESCHÄFTE, DIE SICH ALS "EINAKTIGE" ODER DIREKTE ERWERBSGESCHÄFTE DARSTELLEN

Die erste der beiden zu behandelnden Hauptgruppen der Problemlage ist dadurch gekennzeichnet, daß der oder die nichtberechtigte(n) Veräußerer - im Falle der Beteiligung mehrerer Nichtberechtigter in anderer rechtlicher Verbundenheit - auch auf der Erwerberseite auftreten. Der oder die Nichtberechtigte(n) erwerben das Recht an der fremden Sache also durch ein Erwerbsgeschäft.

Die Problemlage tritt hierbei in den verschiedensten Fällen und Fallkombinationen auf. Zur Vereinfachung und der daraus gewonnenen Klarheit wegen knüpfen die folgenden Untersuchungen jeweils an die "Grundtatbestände" an, wobei für die mehreren möglichen dinglichen Rechte stellvertretend der Erwerb des Eigentumsrechtes behandelt werden soll. Zur Veranschaulichung der Problemsituation mögen jeweils einige Beispielsfälle dienen.

A. Nichtverkehrsgeschäfte im Liegenschaftsrecht

I. Personelle Identität von Veräußerer und Erwerber

1.

Der Erwerb von Grundpfandrechten durch den eingetragenen Nichteigentümer

Fall 1: Der im Grundbuch zu Unrecht eingetragene Nichteigentümer N stellt im Glauben an sein Eigentum nach § 1196 BGB eine Eigentümergrundschild.

Fall 2: Der im Grundbuch fälschlich eingetragene Nichteigentümer N veräußert "sein" Grundstück an den gutgläubigen X. Bei der Veräußerung läßt sich N von X eine Restkaufgeldhypothek bestellen.

Daß in Beispielfall 1 Personengleichheit zwischen Verfügendem und Erwerber besteht, ist offensichtlich. Im Fall 2 scheint eine solche Identität nicht vorzuliegen, denn hinsichtlich der Restkaufgeldhypothek ist X Verfügender und N Erwerber.

Eine derartige formalrechtliche Trennung der beiden Verfügungen - Übereignung und Hypothekenbestellung - ist jedoch nicht angebracht; es müssen

vielmehr beide Verfügungen als ein Gesamtakt angesehen werden. Denn eine wirtschaftliche Betrachtung ergibt, daß es sich bei der Veräußerung eines Grundstückes unter Vorbehalt der gleichzeitigen Eintragung einer Restkaufgeldhypothek in Wirklichkeit um eine beschränkte Eigentumsübertragung durch den Grundstücksveräußerer in dem Sinne handelt, daß sich der Veräußerer seines Eigentums nicht in vollem Umfang entäußert, sondern vielmehr einen Teil der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte in Form der ihm einzutragenden Hypothek zurückbehält (1).

Zur Unterstützung dieser Auffassung sei auf die gleichartige Behandlung der umgekehrt liegenden Fälle des § 49 Abs. II HGB hingewiesen, in denen der Prokurist ein Grundstück unter gleichzeitiger Einräumung einer Restkaufgeldhypothek zugunsten des Veräußerers erwirbt. Auch hier faßt man die beiden Vorgänge der Veräußerung und Belastung des Grundstücks zusammen und nimmt einen beschränkten Eigentumserwerb in dem dargelegten Sinne an. Der Prokurist erwirbt also nicht das volle Grundstückseigentum, sondern Eigentum nur insoweit, als es nicht in dem sich aus dem Eigentum ergebenden Recht in Form des Grundpfandrechtes besteht (2).

Es sind damit auch im Beispielfall 2 Veräußerer und Erwerber insofern identisch, als der Nichtberechtigte N mit der Veräußerung des Grundstücks das sich aus dem Eigentum ergebende Recht in Form der Restkaufgeldhypothek erwirbt.

Da N bezüglich seiner Eigentümerstellung gutgläubig ist, würde er bei wortgetreuer Anwendung des § 892 Abs. I Satz 1 BGB in beiden Fällen das betreffende Grundpfandrecht erwerben.

Gegen eine Anwendung des § 892 BGB auf die Fälle der Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch den eingetragenen Nichteigentümer hatte man sich allerdings bereits im älteren Schrifttum (3) gewandt. Man machte geltend (4), daß es sich bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld nicht um einen rechtsgeschäftlichen, sondern um einen gesetzlichen Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück handle.

(1) Vgl. KG in JFG, Bd. 5, S. 432 ff (437).

(2) Vgl. J. v. Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, S. 132; Schlegelberger-Hildebrandt, § 49 Rdnr. 6; KG in JFG, Bd. 6, S. 264.

(3) So vor allem Staudinger-Kober, § 892 Anm. II B 1 c und Planck-Strecker, § 892 Anm. II 1 d.

(4) Vgl. Planck-Strecker, aaO.

Diese verfehlte Auffassung beruht auf einer Verkennung der Rechtsnatur der Eigentümergrundpfandrechte. Die alte Streitfrage nach der Rechtsnatur dieser Grundpfandrechte muß dahingehend beantwortet werden, daß das Eigentümergrundpfandrecht ein selbständiges dingliches Recht ist, und zwar ein mit Eigentumsinhalt gefülltes, dem Eigentum gegenüber aber verselbständigtes, begrenztes Recht an eigener Sache ist (5). Das Eigentümerpfandrecht ist m.a.W. "verselbständigter Eigentumssplitter in der Hand des Eigentümers" (6).

Bestellt sich nun der Eigentümer eine Grundschuld, so verändert er, indem er es aufsplittet, sein Recht inhaltlich. Diese inhaltliche Veränderung ist der an die dahingehende Willenserklärung des Eigentümers anknüpfende, von der Rechtsordnung durch § 1196 BGB gebilligte Erfolg: Die Bestellung einer Eigentümergrundschuld ist also ein einseitiges dingliches Verfügungsgeschäft (7) und damit Rechtsgeschäft. § 892 BGB würde seinem Wortlaut nach auf die genannten Fälle Anwendung finden.

Dieses Ergebnis ist offensichtlich unbillig. Denn der eingetragene Nichteigentümer, zu dessen Gunsten die Eintragung gerade nicht wirkt und der deswegen mit seiner Eintragung auch nicht Eigentümer wird, könnte auf dem in den Beispielfällen gezeigten Weg doch wenigstens einen Teil des ihm nicht zustehenden Eigentums in Form der Grundpfandrechte erwerben.

Angesichts dieses interessenwidrigen Ergebnisses gilt es zu überprüfen, ob nicht eine Interpretation des § 892 BGB dazu führen kann, die Anwendung der Vorschrift bei Identität von Verfügendem (Veräußerer) und Erwerber auszuschließen.

a)

Die Wortinterpretation ermittelt die Bedeutung eines Ausdrucks nach dem allgemeinen oder gesetzlichen Sprachgebrauch (8).

Die Fiktion des § 892 BGB gilt "zugunsten desjenigen, der ein Recht an

(5) Vgl. Wolff-Raiser, § 147 I, 3.

(6) So treffend Westermann, § 117 III.

(7) So die ganz h.M., vgl. statt vieler Wolff-Raiser, § 156 I, 1; Staudinger-Scherübl, § 1196 Rdnr. 2.

(8) Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 18 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 241 ff.

einem Grundstück ... durch Rechtsgeschäft erwirbt." Nach dieser Formulierung ist schützenswert der rechtsgeschäftliche Erwerber. Ein allgemeiner oder gesetzlicher Sprachgebrauch dahingehend, daß "derjenige, der durch Rechtsgeschäft erwirbt", etwa ein vom Veräußerer verschiedener Dritter sein muß, besteht nicht. Nach der vom Gesetz gewählten Formulierung muß vielmehr jeder Erwerber unter den Schutz des § 892 BGB fallen, "der ein Recht an einem Grundstück ... durch Rechtsgeschäft erwirbt". Da aber das Gesetz in § 1196 BGB die Möglichkeit des konstitutiven rechtsgeschäftlichen Erwerbs einer Grundschuld durch den Eigentümer, der zugleich Verfügender ist, eröffnet hat, unterfällt auch dieser Fall der Formulierung des § 892 BGB.

Eine Wortinterpretation des § 892 BGB ergibt somit keinen Anhaltspunkt dafür, die Vorschrift auf die genannten Fälle nicht anzuwenden.

Die Wortinterpretation ist jedoch nur der Beginn der Rechtsanwendung. Die nächste Stufe ist die sinndeutende, die bestätigende oder die berichtigende Auslegung (9).

b)

Die sinndeutende Auslegung einer Vorschrift ermittelt deren rechtspolitische Zwecksetzung. Ziel der Auslegung ist dabei nicht die Ermittlung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers, sondern die Feststellung des der Vorschrift innewohnenden objektivierten, allgemeinen Rechtswillens, wobei allerdings das Faktum des historischen Gesetzeswillens nicht unberücksichtigt bleiben darf. Denn das Gesetz wandelt sich zwar mit der Zeit, es trägt aber als der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers die Züge seiner Zeit (10).

Mittel zur Erkenntnis der rechtspolitischen Zwecksetzung einer gesetzlichen Regelung sind (11):

1. Feststellung der durch die Vorschrift berührten Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken,
2. Ermittlung der Rangordnung, die der Gesetzgeber bei der Bewertung dieser Belange aufgestellt hat, und

-
- (9) Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.36.
(10) So Larenz, Methodenlehre, S.240; vgl. zum Streit der objektiven und subjektiven Auslegungstheorie Larenz, Methodenlehre, S.237 ff; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.42 ff; Engisch, aaO., S.85 ff.
(11) Vgl. hierzu Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.47/48.

3. Klärung, unter welcher rechtspolitischen Zielsetzung und unter welchen Richtigkeitsgedanken der Gesetzgeber das Werturteil gebildet hat, das den Rang der festgestellten Interessen oder Rechtswerte in der gesetzlichen Regelung bestimmt.

aa)

Die sinndeutende Auslegung einer Vorschrift beginnt mit der Feststellung der durch sie berührten Belange.

§ 892 BGB läßt zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, die positiven und negativen Voraussetzungen seines Erwerbes in der vom Grundbuch ausgewiesenen Beschaffenheit als vorhanden gelten, selbst wenn dies der materiellen Rechtslage widerspricht.

Mit dieser Fiktion wird auf der einen Seite das Beharrungs- oder "konservative Erhaltungsinteresse" (12) des wahren Berechtigten berührt, dem auf der anderen Seite das Erwerbs- oder "fortschrittliche Verkehrsinteresse" (13) des Erwerbers gegenübersteht. Es handelt sich hier also um die Konkurrenz zwischen Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, wobei unter Rechtssicherheit nicht die Sicherheit der Rechtsordnung, sondern die Sicherheit des Rechtes in dem Sinne verstanden wird, daß Beeinträchtigung oder Verlust des Rechtes nicht ohne Willen des Berechtigten eintreten können (14).

Rechtssicherheit in diesem Sinne und Verkehrssicherheit als Schutz des auf einen äußeren Tatbestand vertrauenden Erwerbers sind insoweit Gegensätze, als die eine meist nur auf Kosten der anderen erreicht werden kann. Der Gesetzgeber sieht sich aus diesem Grunde immer vor eine schwere Aufgabe gestellt, wenn er sich für die eine oder andere entscheiden soll; dieses um so mehr, als die Belange des Berechtigten, der keine ungünstige Veränderung des gegenwärtigen Bestandes seiner vermögensrechtlichen Beziehungen ohne seinen Willen wünscht, gleichermaßen schutzwürdig erscheinen wie die Belange des Erwerbers, der verständlicherweise größtes Interesse daran hat, daß der beabsichtigte Erwerb nicht durch ihm unbekannte Umstände vereitelt wird.

(12) Formulierung von Oertmann in ZHR, Bd.95, S.458.

(13) Formulierung von Oertmann in ZHR, Bd.95, S.458.

(14) Vgl. Ehrenberg, aaO., S.273, 279.

bb)

Es ist weiterhin die Rangordnung festzustellen, die der Gesetzgeber bei der Wertung von Rechtssicherheits- und Verkehrsschutzinteressen in § 892 BGB festgelegt hat.

Indem der Gesetzgeber den Inhalt des Grundbuches zugunsten des Erwerbers auch dann als richtig gelten läßt, wenn er nicht mit der materiellen Rechtslage in Einklang steht, hat er sich eindeutig zugunsten der Verkehrssicherheit entschieden. Diese Entscheidung führt im Ergebnis notwendigerweise zu einer Beschneidung der Rechtssicherheit.

cc)

Es bleiben der rechtspolitische Zweck zu ermitteln, die Zielsetzung festzustellen, die dieser Rangordnung zugrunde liegen.

Erkenntnisquellen (15) für die Ermittlung der rechtspolitischen Zielsetzung einer gesetzlichen Regelung sind in erster Linie Gesetzesmaterialien und amtliche Begründungen; aber auch die Deutung der historischen Entwicklung einer bestimmten Regelung und der systematische Zusammenhang einer Vorschrift mit den übrigen gesetzlichen Vorschriften und mit der gesamten Rechtsordnung müssen zur Auslegung herangezogen werden. Schließlich ist auch eine rechtsvergleichende Betrachtung mitunter geeignet, wertvolle Erkenntnisse für die Auslegung zu vermitteln.

aaa)

Aus den Gesetzesmaterialien zum BGB ergibt sich bereits Wesentliches für die Frage nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 892 BGB. Vor allem in den Motiven zum 1. Entwurf finden sich einige Stellen, in denen der Gesetzgeber seine Entscheidung für die Verkehrssicherheit begründet.

Für die innerhalb der fahnisrechtlichen Gutgläubensschutzvorschriften vorgenommene Bevorzugung der Verkehrssicherheit gegenüber der Rechtssicherheit läßt der Gesetzgeber die Erwägung den Ausschlag geben (15a), daß der wahre Berechtigte eher einen Einfluß darauf habe, daß kein Rechtsschein zugunsten

(15) Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 244; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 62.

(15a) Vgl. Motive III, S. 344.

eines Nichtberechtigten entstehe, als daß sich der Erwerber über das Recht seines Veräußerers die erforderliche Gewißheit verschaffen könne (16).

Ist diese Überlegung für den Fahrnisverkehr zutreffend, bei dem der Besitzstand des Veräußerers die Grundlage des gutgläubigen Erwerbes bildet, so kann sie keinesfalls die Bevorzugung des Verkehrsschutzinteresses im Liegenschaftsrecht begründen. Denn auf die Gestaltung des Grundbuches, auf dessen ordnungsgemäße Führung hat der Berechtigte keinerlei Einfluß. Dementsprechend liegt auch der in § 892 BGB für das Liegenschaftsrecht getroffenen Regelung eine andere Motivation zugrunde.

Als Hauptzweck der Grundbucheinrichtung erschien es dem Gesetzgeber (17), dem Immobilienverkehr eine sichere Grundlage zu schaffen und Irrtümern der Beteiligten über die an einem Grundstück bestehenden Rechte vorzubeugen. Diese Auffassung beruht offensichtlich auf der Erkenntnis der besonderen Bedeutung des Grundeigentums für die Existenz des einzelnen, sowie auf der Erkenntnis der Notwendigkeit, daß die im Staat organisierte Gemeinschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben des Rückgriffes auf das Grundeigentum bedarf. Dieser Zweck der Grundbucheinrichtung aber erfordert Feststellung und Kenntlichmachung der an einem Grundstück bestehenden Rechte durch das Grundbuch; damit wird ein dem Besitz im Fahrnisrecht vergleichbarer, als Anknüpfungspunkt für den Rechtsschein dienender Tatbestand für das Immobilienrecht geschaffen.

Diese ihm gestellte Aufgabe vermag das Grundbuch nach der Auffassung des Gesetzgebers (18) aber nur dann zu erfüllen, wenn seine Eintragungen als richtig angesehen werden können. Deshalb müsse der Grundbuchinhalt als richtig fingiert werden, und zwar auch für diejenigen Fälle, in denen er nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimme. Denn könnte sich ein Erwerber nicht auf die Richtigkeit des Grundbuches verlassen, müßte er vielmehr immer damit rechnen, daß der Eingetragene materiell Nichtberechtigter ist, so würde damit die ganze Grundbucheinrichtung hinfällig (19). Die dem Erwerber dadurch aufgebürdete Nachforschungslast würde im übrigen den

(16) Die gleiche Motivation also, die auch der Gutglaubensregelung im alten deutschen Recht zugrunde lag ("wo du deinen Glauben gelassen hast, sollst du ihn suchen").

(17) Vgl. Motive III, S.161.

(18) Vgl. Motive III, S.208.

(19) Vgl. Motive III, S.208.

rechtsgeschäftlichen Verkehr in erheblichem Maße behindern, wenn nicht gar vollkommen zum Erliegen bringen (20).

Das wesentliche Argument für die Bevorzugung des Verkehrsschutzinteresses ist aber vom Standpunkt des objektiven, "vernünftigen" Gesetzgebers aus die Tatsache, daß auch der Berechtigte selbst mittelbar ein starkes Interesse an einem generellen Schutz des Erwerbers hat, da dieser Schutz ihm die Veräußerung seiner Rechte erleichtert (21). Denn er findet leichter einen Erwerbslustigen, wenn dieser sicher sein kann, das Recht auch tatsächlich in der vom Grundbuch ausgewiesenen Form zu erwerben.

Die solchermaßen aufgrund der Gesetzesmaterialien ermittelte Zwecksetzung des § 892 BGB läßt erkennen, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs keineswegs ein "absolutes Dogma" (22) ist, das um seiner selbst willen besteht, sondern daß es sich hierbei vielmehr um einen nachgiebigen Grundsatz handelt, der lediglich den Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bezweckt. Es gibt m.a.W. keine "Heiligkeit der Buchung" (23). Diese Erkenntnis ermöglicht und fordert zugleich eine Einschränkung der Vorschrift dahingehend, daß ihr Schutz da versagt werden muß, wo ein schützenswerter rechtsgeschäftlicher Verkehr nicht stattfindet. Denn in diesem Fall treten die Interessen der Rechtssicherheit und damit die Belange des wahren Berechtigten wieder in den Vordergrund.

Unter rechtsgeschäftlichem Verkehr ist der wirtschaftlich rechnende Umsatz von Gütern zu verstehen (24), wobei der im Einzelfall vollzogene Güterumsatz als "Verkehrsgeschäft" (25) bezeichnet werden soll. Ein solcher wirtschaftlich rechnender Güterumsatz setzt begriffsnotwendig zwei verschiedene Rechtssubjekte voraus, zwischen denen er sich vollzieht. Von einem Verkehrsge-

(20) Diese Überlegung hat der historische Gesetzgeber nicht ausdrücklich ausgesprochen, sie klingt aber verschiedentlich an (vgl. Motive III, S. 208 ff und S. 344) und ist vom Standpunkt des objektiven Gesetzgebers aus für die Entscheidung zugunsten der Verkehrssicherheit von wesentlicher Bedeutung.

(21) Vgl. Heck, Sachenrecht, § 29 4 b.

(22) So Planck-Strecker, § 892 II, 2; vgl. auch RGZ 74, 419.

(23) So Beyerle in AcP 127, 369.

(24) Ähnlich Beyerle, aaO., S. 368.

(25) Die Bezeichnung stammt wohl von Martin Wolff, der sie bereits in der 1910 erschienenen 1. Aufl. seines "Sachenrechts" (§ 45 I, 4) verwendet.

geschäft kann demnach nur dann gesprochen werden, wenn sich im Wege eines Güterumsatzes eine Rechtszuständigkeit (26) infolge Dritterwerbs ändert (27).

Man kann demnach mit Endemann (28) als Verkehrsgeschäft denjenigen Tatbestand bezeichnen, bei dem eine Rechtsänderung aufgrund eines dinglichen Vertrages eintritt, den zwei rechtlich und wirtschaftlich verschiedene Personen zum Ausgleich ihrer gegenseitigen Interessengebiete abschließen. Um rechtsgeschäftlichen Verkehr und um ein Verkehrsgeschäft handelt es sich demzufolge dann nicht, wenn Veräußerer (Verfügender) und Erwerber rechtlich oder wirtschaftlich identisch sind, denn hier liegt eine Änderung der Rechtszuständigkeit infolge Dritterwerbs nicht vor.

Unzutreffend ist die in diesem Zusammenhang vertretene Ansicht (29), wonach sich der Ausschluß der Nichtsverkehrsgeschäfte vom Schutz des § 892 BGB aufgrund der "personellen Nähe" zwischen Verfügendem und Erwerber ergebe. Diese Ansicht, die erkennbar auf einer Art "kennen müssen" der Unrichtigkeit des Grundbuches seitens des mit dem Verfügenden identischen Erwerbers beruht, verkennt den Charakter der in § 892 BGB getroffenen Regelung als der eines formalen, abstrakten Verkehrsschutzes. Denn das konkrete Vertrauen des Erwerbers und dessen tatsächliche Einsicht in das Grundbuch sind eben nicht Voraussetzungen des Schutzes. Nicht ist eine Gutgläubigkeit des Erwerbers Tatbestandselement, sondern nur die positive Kenntnis der Unrichtigkeit als negatives Regulativ (30). Im Gegensatz zu den entsprechenden Vorschriften im Fahrnisrecht, bei denen der Besitz der entscheidende Anknüpfungspunkt für den Gutgläubensschutz ist und zwangsläufig konkrete Vorstellungen erweckt, ist im Grundbuchverkehr der Gutgläubensschutz von der subjektiven Vertrauenslage völlig losgelöst und durch die objektive Verlässlichkeit des amtlichen Rechtsscheinapparates ersetzt (31).

-
- (26) Rechtszuständigkeit verstanden als Zuordnung eines Rechtes zu einem bestimmten Rechtssubjekt.
- (27) Vgl. Lutter, aaO., S.159 Note 128.
- (28) Vgl. Endemann in JW 1931, S.610.
- (29) So vor allem v.Mangoldt, aaO., S.93 ff; neuerdings OLG Hamburg in MDR 1959, S.759, mit verfehlter Begründung eines richtigen Ergebnisses.
- (30) Vgl. Lutter, aaO., S.123, 163 ff.
- (31) Vgl. Boehmer in JZ 1952, S.574; übereinstimmend Enneccerus-Nipperdey, § 80 III, 3; Eichler, I, S.126; Baur, § 23 IV 1 a.

Für die Gewährung des Schutzes des § 892 BGB ist folglich allein entscheidend, ob ein vom Veräußerer rechtlich oder wirtschaftlich verschiedenes Rechtssubjekt erwirbt, das keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuches hat.

bbb)

Die historische Interpretation einer Vorschrift bedient sich der geschichtlichen Entwicklung dieser Regelung als Erkenntnisquelle für die ihr zugrunde liegende rechtspolitische Zwecksetzung (32); hierbei kann auch die geschichtliche Betrachtung der zu der betreffenden Frage ergangenen Rechtsprechung nützlich sein.

Eine Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 892 BGB unterstützt das aus den Gesetzesmaterialien gewonnene Ergebnis, wonach sich das Gesetz als Objekt des Schutzes stets eine dritte, vom Veräußerer verschiedene Person vorstellt.

Die heutige gesetzliche Regelung des § 892 BGB knüpft, wie aus den Motiven hervorgeht (33), an die entsprechenden Bestimmungen des preußischen Grundbuchrechtes von 1872 an. Diese wiederum gehen auf die Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes von 1794 zurück.

Im preußischen Recht wird die zu schützende Person immer als "Dritter" bezeichnet (34); § 665 I, 18 ALR spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem "Fremden". Es besteht keinerlei Veranlassung zu der Annahme, daß das BGB eine von diesen Bestimmungen sachlich abweichende Regelung treffen wollte. Auch die Rechtsprechung stellte sich recht frühzeitig auf diesen Standpunkt.

Veranlaßt durch das Aufwertungsrecht (35), sah sich, soweit ersichtlich, erst-

(32) Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 53.

(33) Vgl. Motive III, S. 208 ff.

(34) Vgl. Preuß. Eigentums-ErwerbsG vom 5. Mai 1872 §§ 9, 11, 49 und PrALR I, 10, §§ 7, 10; I, 11 §§ 264-65; I, 20 §§ 423-24, 522.

(35) Nach § 20 des Gesetzes über die Aufwertung von Hypotheken vom 16. Juli 1925 fand unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedereintragung von Hypotheken statt, die aufgrund des Vorbehaltes der Rechte (vgl. § 14 AufwG) oder kraft Rückwirkung (§ 15 AufwG) aufgewertet, aber bereits vorher gelöscht waren; diese Wiedereintragung erfolgte aller-

mals das Bayerische Oberste Landesgericht vor die Entscheidung eines Falles der Problemlage gestellt. In einem Beschluß vom 11.12.1925 (36) erwog der 3.Zivilsenat dieses Gerichtes, ob nicht die Anwendung des § 892 BGB ausgeschlossen sei, weil die auf Veräußerer- und Erwerberseite beteiligten Personen identisch seien und aus diesem Grunde kein Verkehrsgeschäft vorliege, "wie es dem § 892 BGB zu unterstellen sei" (37). Das Gericht betont allerdings, daß dies nur für den Fall gelte, in dem sich der eingetragene Nicht-eigentümer eine Eigentümergrundschuld bestelle.

Auch das OLG Hamburg erklärte in einem Beschluß vom 4.Juni 1926 (38) den § 892 BGB für unanwendbar, weil bei dem betreffenden Rechtsgeschäft auf beiden Seiten dieselben Personen beteiligt waren.

Schließlich ergingen am 20.Januar 1927 die beiden viel zitierten Beschlüsse des Kammergerichts (38a) mit grundlegenden Ausführungen im dargelegten Sinne über die Nichtanwendbarkeit des § 892 BGB auf Fälle, in denen dieselben Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite auftreten.

Auf dem so eröffneten Wege folgten nun die Gerichte - das Reichsgericht erstmals mit der Entscheidung vom 15.Juni 1927 (39) - mit ganz wenigen Ausnahmen.

Es bestätigt somit auch die historische Interpretation des § 892 BGB, daß die Vorschrift nur denjenigen rechtsgeschäftlichen Dritterwerber schützen will, der vom Veräußerer rechtlich und wirtschaftlich verschieden ist.

ccc)

§ 892 BGB steht im unmittelbaren Anschluß an die den zweiten Abschnitt des Sachenrechts eröffnende Vorschrift des § 873 BGB. Aus dieser Stellung des § 892 BGB hat das Bayerische Oberste Landesgericht in dem zitierten Beschluß vom 11.12.1925 (40) auf eine notwendige Wechselbezüglichkeit der beiden

dings nur insoweit, als nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches entgegenstanden (vgl. § 20 AufwG).

(36) Vgl. BayObLG in JFG Bd.3, S.409 (411 ff).

(37) Vgl. BayObLG, aaO., S.411.

(38) Vgl. OLG Hamburg in OLGE, Bd.46, S.72.

(38a) Vgl. KG in JFG, Bd.5, S.409 und 413.

(39) Vgl. RGZ 117, 257.

(40) Vgl. BayObLG in JFG, Bd.3, S.409 (411).

Vorschriften geschlossen, mit der Folge, daß in allen Fällen, in denen ein rechtsgeschäftlicher Erwerb nach Maßgabe der §§ 873, 925 BGB gegeben sei, auch ohne weiteres der Grundsatz des § 892 BGB in Geltung zu treten hätte. Eine derartige Schlußfolgerung entbehrt jedoch jeglicher Grundlage. Es erscheint vielmehr als *petitio principii*, wenn man aus der Stellung des § 892 BGB zu § 873 BGB eine notwendige Wechselbezüglichkeit dieser Vorschriften und einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers herauslesen will. Zuzugeben ist zwar, daß überall da, wo zum Erwerb keine Einigung nach § 873 BGB erforderlich ist, auch § 892 BGB nicht eingreifen kann. Dies ergibt sich aber aus dem in § 892 BGB enthaltenen Tatbestandsmerkmal "durch Rechtsgeschäft" und nicht aus der systematischen Stellung der Vorschrift. Die systematische Stellung des § 892 BGB vermag nichts über eine positive Wechselbezüglichkeit der beiden Vorschriften auszusagen (41).

Aufschlußreicher ist jedoch eine Betrachtung des § 892 BGB in seinem Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung, vor allem im Zusammenhang mit dem auch für das heutige Zivilrecht noch geltenden Grundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm zustehen. Wie alle Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, bedeutet auch § 892 BGB eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Ausnahmsweise wird damit auch die Rechtsübertragung durch einen Nichtberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen wirksam.

Ausnahmenvorschriften aber sind dann eng auszulegen, wenn sie eine Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsprinzips bedeuten, die der Gesetzgeber nur für genau umschriebene Fälle angeordnet hat (42).

Die mit Schaffung der Gutgläubensschutzvorschriften vorgenommene Durchbrechung des angeführten Rechtsgrundsatzes "*nemo plus iuris...*" aber hat der Gesetzgeber nur für genau bezeichnete Fälle angeordnet, für die Fälle nämlich, in denen ein gutgläubiger Erwerber durch Rechtsgeschäft erwirbt. Nur in diesen Fällen sollen die Belange des wahren Berechtigten ausnahmsweise hintangesetzt werden, weil der rechtsgeschäftliche Verkehr aus den oben (43) angeführten Gründen schützenswerter erscheint.

Unter diesem Gesichtspunkt ist eine enge Auslegung des § 892 BGB seiner

(41) So auch Fritsch, aaO., S.270, 271.

(42) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.261; ähnlich BGHZ 17, 282; a.A. Enneccerus-Nipperdey, § 48 Note 6.

(43) Vgl. oben S.11 ff.

Zwecksetzung entsprechend geboten; seine Anwendung ist da auszuschließen, wo ein schützenswerter rechtsgeschäftlicher Verkehr nicht stattfindet, der allein die Ausnahme von dem Grundsatz "nemo plus iuris..." rechtfertigen könnte.

dd)

Der aufgrund der Gesetzesmaterialien, einer historischen Interpretation, sowie der systematischen Auslegung ermittelte Normzweck des § 892 BGB gebietet eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Vorschrift dahingehend, ihren Schutz nur demjenigen rechtsgeschäftlichen Dritterwerber zu gewähren, der rechtlich oder wirtschaftlich vom Veräußerer verschieden ist.

Dieses Ergebnis ist heute nahezu einhellige Meinung in Lehre (44) und Rechtsprechung (45).

ee)

aaa)

Gegen diese Ansicht hatte sich vor allem Heck gewandt. Heck vertrat die Auffassung (46), daß die Interessenlage etwa bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch den eingetragenen Nichteigentümer für eine Anwendung des § 892 BGB auf diesen Fall spreche. Der Grundgedanke des Verkehrsschutzes sei kein erschöpfender Rechtsbegriff, aus dem sich die Entscheidung des Einzelfalles ableiten lasse. Denn eine solche Begriffsverwertung würde alle diejenigen Geschäfte dem § 892 BGB entziehen, die gewöhnlich nicht zu den Verkehrsgeschäften gerechnet werden, wie etwa die meisten Schenkungen. Das Gesetz schütze aber den zum Vertrauen Berechtigten auch dann, wenn er kein Entgelt gegeben habe. Das Interesse des Verlierers sei durch § 816 Abs.I Satz 2 BGB gewahrt. Eine solche Lösung des Interessenwiderstreites scheine ihm aber auch für den Fall der "Selbstbeschaffung" angebracht.

(44) Vgl. Wolff-Raiser, § 45 I, 4; Westermann, § 85 III 1 b; Baur, § 23 III d; Eichler, S.386/87; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.20 ff; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr.18; Fritsch, aaO., durchgehend; Heinsheimer, aaO., durchgehend.

(45) Vgl. BayObLG in JFG, Bd.3, S.409 ... RGZ 117, 257 ... OLG Hamburg in MDR 1959, 759.

(46) Vgl. Heck, Sachenrecht, § 44 II.

Auch in diesem Fall bestünden Vertrauensinteressen des "Gestalters" wie beim unentgeltlichen Erwerb; der Verlierer sei auch hier nicht schutzwürdiger als sonst.

bbb)

Diese Argumentation Hecks geht offensichtlich von der Auffassung aus, daß der Gesetzgeber durch die Einbeziehung auch des unentgeltlichen Erwerbes in den Schutz des § 892 BGB dem der Vorschrift zugrunde liegenden Zweckgedanken nicht in vollem Umfang Rechnung getragen hat (47), und daß aus diesem Grunde wegen der Gleichheit der Interessenlage auch die Fälle der "Selbstbeschaffung" schutzwürdig seien. Dabei versteht Heck unter "Verkehrsgeschäft" offenbar den innerhalb des geschäftlichen Verkehrs getätigten, handelsmäßigen Güter austausch. Nach einer solchen Begriffsbestimmung kann man freilich denjenigen Erwerb, dem keine Gegenleistung gegenübersteht, nicht als Verkehrsgeschäft bezeichnen.

Der Ansicht von Heck ist folgendes entgegenzuhalten: Für die Schutzwürdigkeit eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs, für das Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes kann es nach der ermittelten rechtspolitischen Zwecksetzung des § 892 BGB nicht darauf ankommen, ob der Erwerb entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt ist. Denn diese Vorschrift soll nicht nur die Rechtshandlungen des geschäftlichen Verkehrs, den handelsmäßigen Güter austausch schützen, sondern generell jeden Neuerwerb durch einen Dritten (48). Es ist also entscheidend für die Einbeziehung auch des unentgeltlichen Erwerbes in den Schutz des § 892 BGB allein die sachenrechtliche Erwerbssituation unter Außerachtlassung des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes; denn nur so kann dem das Sachenrecht beherrschenden Abstraktionsprinzip Rechnung getragen werden (49).

Sieht man somit die Einbeziehung des unentgeltlichen Erwerbes in den Schutz des § 892 BGB als gerechtfertigt an, so ist damit der Argumentation Hecks die Grundlage entzogen.

Was nun die von Heck behauptete Gleichheit der Interessenlage im Falle des unentgeltlichen Erwerbes und dem der Selbstbeschaffung anlangt, so ist Heck zwar zuzugeben, daß auch der eingetragene Nichteigentümer, der sich eine

(47) Dieser Auffassung sind auch Beyerle, AcP 127, 369, und Fritsch, aaO., S. 260.

(48) In diesem Sinne auch Epping, aaO., S. 174.

(49) Vgl. auch Protokolle III, S. 82.

Grundschild bestellt, ein Interesse am Gelingen des gewünschten Erwerbes hat: Davon aber ist der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung, die er in § 892 BGB zugunsten des Verkehrsschutzes getroffen hat, auch ausgegangen. Der entscheidende, die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle rechtfertigende Unterschied liegt vielmehr in der Tatsache, daß im Falle der Selbstbeschaffung keine Änderung der Rechtszuständigkeit infolge Drittererwerbs eintritt. Aus diesem Grund allein muß der Schutz des § 892 BGB, der ermittelten rechtspolitischen Zwecksetzung entsprechend, dem mit dem Veräußerer identischen Erwerber versagt werden.

Der Auffassung von Heck kann aus diesen Gründen nicht gefolgt werden (50). Die Fälle, in denen sich ein eingetragener Nichteigentümer eine Grundschild bestellt oder sich bei Veräußerung des Grundstücks eine Restkaufgeldhypothek "vorbehält", sind vielmehr Nichtverkehrsgeschäfte und als solche vom Schutz des § 892 BGB auszunehmen.

2.

Umwandlungen von dinglicher Bruchteilsberechtigung in Gesamthandsberechtigung und umgekehrt unter denselben Personen

Nicht nur die behandelten Tatbestände der "Selbstbeschaffung sind als Nichtverkehrsgeschäfte dem Schutz des § 892 BGB zu entziehen. Die Problemlage ist auch dann gegeben, wenn mehrere Personen gleichzeitig auf der Veräußerer- und Erwerberseite, jeweils in verschiedener rechtlicher Verbundenheit, beteiligt sind.

Fall 3: N_1 und N_2 haben vom unerkennbar Geisteskranken E ein Grundstück erworben und sind im Grundbuch als Miteigentümer eingetragen worden. Bald darauf gründen sie eine OHG und verpflichten sich im Gesellschaftsvertrag, das Grundstück in die OHG einzubringen. Daraufhin erfolgt Auflassung des Grundstückes an die Gesellschaft und deren Eintragung ins Grundbuch.

Fall 4: N_1 und N_2 sind alleinige Gesellschafter einer OHG. Der vertretungsberechtigte N_1 erwirbt für die OHG vom unerkennbar Geisteskranken E ein Grundstück. Die OHG wird unter ihrer Firma im Grundbuch eingetragen. Bald darauf wird die OHG aufgelöst. Im Wege der Auseinandersetzung erwerben N_1 und N_2 das Grundstück zu Miteigentum.

(50) Vgl. gegen Heck auch Fritsch, aaO., S.260.

Auch in diesen Beispielfällen kommt man bei wortgetreuer Anwendung des § 892 BGB zu dem Ergebnis, daß die Nichtberechtigten N_1 und N_2 jeweils Eigentum erwerben.

Bedenken gegen die wörtliche Anwendung des § 892 BGB auf diese Tatbestände könnten sich zunächst hinsichtlich der Auflassungsnotwendigkeit in diesen Fällen ergeben. Käme man zu dem Ergebnis, daß bei Umwandlungen von Bruchteils- in Gesamthandsberechtigung und umgekehrt unter denselben Personen eine Auflassung nicht notwendig ist, so würde eine trotzdem vorgenommene Auflassung die Wirkung des § 892 BGB nicht herbeiführen können; da § 892 BGB nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb schützt, die Form der §§ 873/925 BGB aber die einzige Möglichkeit des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbes an einem Grundstück ist, so kann § 892 BGB nur bei rechtlich notwendiger Auflassung eingreifen.

a)

Notwendig ist nach §§ 873, 925 BGB die Auflassung dann, wenn eine "Übertragung des Eigentums an einem Grundstück" erfolgen, wenn also eine Änderung der Rechtszuordnung durch Wechsel des Rechtsträgers herbeigeführt werden soll. Eine solche Änderung der Rechtszuordnung liegt unzweifelhaft dann vor, wenn das Eigentumsrecht von einem Rechtssubjekt auf ein anderes übertragen wird. Es fragt sich, ob ein solcher Eigentümerwechsel auch im Falle der Umwandlung von Bruchteilsberechtigung in Gesamthandsberechtigung und umgekehrt unter denselben Personen stattfindet. Bruchteils- wie Gesamthandsgemeinschaften besitzen keine eigene Rechtspersönlichkeit. Trotzdem wird man aber die genannten Fälle im Hinblick auf die weitgehende Verselbständigung des Vermögens einer Gesamthand ebenso wie die Fälle der tatsächlichen Änderung der Rechtszuordnung durch Wechsel des Rechtsträgers behandeln müssen (51). Das Gesamthandsvermögen ist gegenüber dem Privatvermögen der Beteiligten gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen. Durch die Umwandlung von Bruchteils- in Gesamthandsberechtigung gibt jeder Miteigentümer sein selbständig bestimmbares, seinem Privatvermögen zugehöriges Bruchteilsrecht auf; er überträgt sein Sonderrecht einer Personenmehrheit mit

(51) Hueck, aaO., § 16 IV, 1, spricht hier in dem Sinne von einer Änderung der Rechtszuständigkeit, als der Vermögensgegenstand infolge der Übertragung einer anderen Vermögensmasse angehört; vgl. auch RGZ 130, 402 (406).

der Wirkung, daß nur diese in ihrer Gesamtheit Verfügungsberechtigt ist. An die Stelle der Sonderzuständigkeit des einzelnen tritt die Gesamtzuständigkeit der Gesellschafter. Es handelt sich hierbei demnach zwar nicht um einen Eigentümer-, aber doch um einen Eigentumswechsel (52).

In diesem Sinne wird die Auflassungsnotwendigkeit in den genannten Fällen allgemein bejaht (53).

Steht damit der Anwendung des § 892 BGB dem Wortlaut nach auf die Beispielfälle nichts im Wege, so erscheint es jedoch auch hier interessenswidrig, daß die eingetragenen Nichteigentümer, zu deren Gunsten die Eintragung nicht wirkt, lediglich durch eine Änderung der Rechtsform ihrer Beteiligung bei gleichbleibendem Personenkreis Eigentum sollen erwerben können.

b)

Auch hier ergibt sich das interessengemäß zu fordernde Ergebnis aufgrund der restriktiven Auslegung des § 892 BGB. Nach der ermittelten rechtspolitischen Zwecksetzung der Vorschrift soll lediglich der rechtsgeschäftliche Dritterwerber geschützt werden, der vom Veräußerer rechtlich und wirtschaftlich verschieden ist. In den genannten Fällen aber besteht rechtliche Identität zwischen Veräußerern und Erwerbern.

Die Tatbestände der Umwandlungen von Bruchteils- in Gesamthandsbeteiligung und umgekehrt unter denselben Personen sind sonach als Nichtverkehrsgeschäfte vom Schutz des § 892 BGB auszunehmen (54).

(52) So schon Güthe-Triebel, aaO., § 20 Rdnr.16, Fall 3.

(53) Vgl. Hueck, aaO., § 16 IV,1; Wolff-Raiser, § 88 II; Staudinger-Seufert, § 925 Rdnr.11; Soergel-Siebert-Baur, § 925 Rdnr.6; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rdnr.38; Fritsch, S.266; RGZ 56, 96 ... 163,402.

(54) So die h.M.: vgl. Wolff-Raiser, § 45 I 4; Baur, § 23 III 3 d; Eichler, aaO., S.386/87; Westermann, § 85 III 1 b; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 36 I, 8; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.22 ff; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr.18; Fritsch, aaO., S.275/76; Heinsheimer, aaO., S.181 ff; a.A. Heck, Sachenrecht, § 44 II. OLG Hamburg, OLGE, Bd.46, S.73; KG in JFG, Bd.3, S.409 ff; RGZ 117, 257; vgl. im übrigen die umfassende Darstellung der Rechtsprechung zum vorliegenden Problem bei Heinsheimer, aaO., S.175 f.

3.

Umwandlungen von Berechtigung einer Gesamthand in die einer anderen Gesamthand unter denselben Personen

Fall 5: N_1 , N_2 und N_3 sind als Erbengemeinschaft fälschlich im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Sie gründen eine OHG und verpflichten sich im Gesellschaftsvertrag, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin erfolgt Auflassung des Grundstücks an die OHG und deren Eintragung im Grundbuch.

Es muß für die durch diesen Beispielfall charakterisierten Tatbestände das gleiche gelten wie für die vorab behandelten Fälle der Umwandlung von Bruchteils- in Gesamthandsberechtigung unter denselben Personen. Denn auch hier ist zum Eigentumsübergang eine Übertragung in der Form der §§ 873/925 BGB erforderlich; dies folgt aus der Tatsache, daß es sich trotz der Identität der auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes auftretenden natürlichen Personen um nicht identische Sondervermögen handelt, die jeweils verschiedenen Gesamthandszwecken und damit einer besonderen Schuldenhaftung gewidmet sind. Identische natürliche Personen sind also als Träger verschiedener Sondervermögen verschiedene juristische Rechtsträger (54a). Für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 892 BGB ist jedoch entscheidend, daß in diesen Fällen keine von den veräußernden natürlichen Personen verschiedene Dritte erwerben. Ein schützenswerter rechtsgeschäftlicher Verkehr findet nicht statt. § 892 BGB kann auf diese Nichtverkehrsgeschäfte nicht angewendet werden (55).

4.

Rechtsgeschäfte, bei denen keine vollständige Identität der beteiligten Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite besteht

Bisher wurden diejenigen Tatbestände behandelt, bei denen vollkommene Identität der auf Veräußerer- und Erwerberseite beteiligten Personen gegeben war. Zu untersuchen ist nun, ob die unterschiedliche tatsächliche Situation bei nur unvollkommener Identität auch eine andere rechtliche Behandlung erfordert.

(54a) So auch Bartholomeyczik, Erbrecht, § 36 I 8.

(55) Vgl. die Literatur zur Fußnote 54.

a)

Fall 6: N ist fälschlich im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen. Er gründet mit X und Y eine OHG und verpflichtet sich im Gesellschaftsvertrag, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin erfolgt Auflassung des Grundstücks an die OHG und deren Eintragung im Grundbuch.

Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß auf der Erwerberseite noch dritte, auf der Veräußererseite nicht beteiligte Personen hinzutreten.

Soweit nun diese auf der Veräußererseite nicht beteiligten Personen erwerben, findet eine Änderung der Rechtszuordnung infolge rechtsgeschäftlichen Dritt-erwerbs statt. Zugunsten dieser Dritten muß die Schutzwirkung des § 892 BGB eingreifen, denn es handelt sich, was ihren Erwerb anbelangt, um ein echtes Verkehrsgeschäft (56). Das hat zur Folge, daß in Beispielfall 6 die Gesamthand Eigentum erwirbt. Damit wird allerdings auch der auf der Veräußererseite auftretende Nichtberechtigte Eigentümer in gesamthänderischer Bindung. Dies hat seinen Grund in der Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft, die eine Zerlegung in selbständige Berechtigungen nicht zuläßt: eine Aufspaltung der Berechtigung derart, daß die auf der Veräußererseite beteiligten Erwerber vom Schutz des § 892 BGB ausgenommen werden und nur die neu hinzutretenden Dritten erwerben, ist folglich ausgeschlossen.

Eine andere Lösung ergibt sich nach diesen Grundsätzen für den

Fall 7: N_1 und N_2 sind alleinige Gesellschafter einer OHG, die fälschlich im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen ist. Nach Auflösung der Gesellschaft erwerben N_1 , N_2 und X das Grundstück zu Bruchteilseigentum.

Hier erwirbt lediglich der neu hinzutretende, auf der Veräußererseite nicht beteiligte X die erstrebte Bruchteilsberechtigung; denn die einzelnen Bruchteilsrechte bestehen selbständig nebeneinander, so daß auch die einzelnen Erwerbsakte getrennt beurteilt werden müssen. Es ist also der Bruchteilserwerb durch den auf der Veräußererseite nicht beteiligten Dritten Verkehrsgeschäft. Soweit jedoch ein auf der Veräußererseite Beteiligter ein Bruchteilsrecht erwirbt, ist das Erwerbsgeschäft wegen Identität von Veräußerer und Erwerber Nichtverkehrsgeschäft und vom Schutz des § 892 BGB auszunehmen.

(56) Vgl. Fritsch, aaO., S.279, sowie die Literatur zur Note 54.

b)

Fall 8: Wie Fall 7, nur erwirbt N_1 im Wege der Auseinandersetzung Alleineigentum.

Fall 9: N_1 , N_2 und N_3 sind fälschlich als Eigentümer eines Grundstückes zu Bruchteilen im Grundbuch eingetragen. Nach einiger Zeit veräußern N_1 und N_2 ihre Bruchteile an N_3 .

Es sind die Fälle dieser Gruppe dadurch gekennzeichnet, daß nur ein Teil der Veräußerer auf der Erwerberseite auftritt. Anhand der aufgestellten Grundsätze ergibt sich folgende rechtliche Beurteilung dieser Tatbestände:

Veräußert eine Gesamthand an einen Teil ihrer Mitglieder, so ist dieser Fall genauso zu behandeln wie die Tatbestände der vollkommenen Identität von Veräußerern und Erwerbern; denn auch hier findet eine Änderung der Rechtszuordnung infolge Dritterwerbs nicht statt. Die Erwerber waren gemeinsam mit den übrigen Gesamthändern Eigentümer des Grundstückes in gesamthänderischer Bindung. Durch die Übereignung haben sie das Eigentum lediglich in neuer Form - entweder wieder in Gesamthandsberechtigung oder in Bruchteils- oder Alleinberechtigung - erworben. Damit sind auch diese Tatbestände Nichtverkehrsgeschäfte, § 892 BGB findet keine Anwendung (57).

Eine gleichartige Behandlung will man teilweise auch dem Fall des Erwerbes von Bruchteilsrechten durch einen der bisherigen Berechtigten (Fall 9) zukommen lassen (58). Als Begründung wird angeführt (59), daß der durch § 892 BGB gewährte Schutz nicht nur bei persönlicher und wirtschaftlicher Identität von Veräußerer und Erwerber, sondern auch dann entfalle, wenn die Rechtslage, die die Unrichtigkeit des Grundbuches herbeigeführt habe, ebenso wie zum Nachteil des Veräußerers vor dem Erwerb auch zum Nachteil des Erwerbers bestanden habe. Sei der Erwerber von der Unrichtigkeit des Grundbuches mitbetroffen, so liege ein Schutzbedürfnis im Sinne des § 892 BGB nicht vor.

-
- (57) Vgl. Fritsch, aaO., S.281; Heinsheimer, aaO., S.184; Gernhuber, aaO., § 38 II 4, für Rechtsgeschäfte zwischen der Gütergemeinschaft und einem Ehegatten; vgl. weiterhin die Literatur zur Note 54 und die Rechtsprechungsübersicht bei Fritsch, aaO., S.281, Fußnote 43.
- (58) So Wolff-Raiser, § 45 I 4 Fußnote 19; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr.21; KG in JW 1927, 2521; BayObLG in JW 1928, 522; OLG Köln in LZ 1930, Sp.1128.
- (59) Vgl. etwa KG, aaO.

Nach Auffassung des OLG Köln (60) ist der erwerbende Bruchteilsberechtigte kein neu hinzutretender Dritter und aus diesem Grunde nicht schutzwürdig.

Diese Begründungen gehen offenbar von der bereits oben (61) als verfehlt zurückgewiesenen Ansicht aus, daß es zur Bestimmung, ob ein Erwerber als Dritter angesehen werden kann oder nicht, auf die "personelle Nähe" zwischen ihm und dem Veräußerer ankomme (62).

Ob ein schützenswerter Dritterwerb vorliegt, richtet sich jedoch allein nach dem Umstand, ob der Erwerber irgendwie auf der Veräußererseite beteiligt ist oder nicht. Eine solche Beteiligung wurde bei Rechtsgeschäften zwischen einer Gesamthand und einem Teil ihrer Mitglieder bejaht (63). Anders liegt es jedoch beim Erwerb von Bruchteilsrechten durch einen der Berechtigten: Auf die unterschiedliche Rechtsnatur von Gesamthands- und Bruchteilsberechtigung wurde bereits hingewiesen und dabei betont, daß beim Miteigentum nach Bruchteilen im Gegensatz zum Gesamthandseigentum keinerlei Bindung zwischen den Berechtigten besteht. Der einzelne Miteigentümer steht vielmehr den Bruchteilen seiner Partner wie ein unbeteiligter Dritter gegenüber. Erwirbt also ein Miteigentümer die Bruchteile seiner Genossen, so liegt ein Eigentümerwechsel und damit ein schutzwürdiger Dritterwerb vor: Es sind diese Fälle damit echte Verkehrsgeschäfte, § 892 BGB findet zugunsten des erwerbenden Bruchteilsberechtigten Anwendung (64).

II. Wirtschaftliche Identität auf Veräußerer- und Erwerberseite

1.

Umwandlungen von Allein-, Bruchteils- oder Gesamthandsberechtigungen in solche juristischer Personen und umgekehrt bei Gleichheit der beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite

Fall 10: N ist eingetragener Nichteigentümer eines Grundstücks. Er gründet

(60) OLG Köln, aaO.

(61) Vgl. oben S.13.

(62) So vor allem v.Mangoldt, aaO., S.93 ff.

(63) Vgl. S.24.

(64) Im Ergebnis ebenso Fritsch, aaO., S.276 Fußnote 34; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.23; Lutter, aaO., S.162; KG (9.ZS) in JR 1927, Nr.1325.

mit X und Y eine GmbH. Nach einiger Zeit erwirbt er die Geschäftsanteile von X und Y und ist damit Alleingesellschafter der GmbH. Da die GmbH ihren Betrieb vergrößern will, erwirbt sie von N dessen Grundstück.

Fall 11: N_1 und N_2 sind als Erbengemeinschaft fälschlich im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstückes eingetragen. Sie gründen eine GmbH und verpflichten sich im Gesellschaftsvertrag, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin erfolgt Auflassung des Grundstückes an die GmbH und deren Eintragung im Grundbuch (1).

Diese Tatbestandsgruppe ist dadurch charakterisiert, daß dem oder den Veräußerer(n) formalrechtlich gesehen ein von ihnen verschiedenes Rechtssubjekt in Form der juristischen Person als Träger eigener Rechtspersönlichkeit gegenübersteht. Veräußerer und Erwerber sind also rechtlich nicht identisch. Im Gegensatz zu den vorab behandelten Tatbeständen erwirbt in diesen Fällen also ein vom Veräußerer verschiedener Dritter; man könnte aus diesem Grunde hier von echten Verkehrsgeschäften sprechen und diese Tatbestände unter den Schutz des § 892 BGB stellen. Es erscheint aber auch hier unbillig, könnten die zu Unrecht eingetragenen Nichtberechtigten das Recht einzig aufgrund der Tatsache erwerben, daß sie es zum Bestandteil des ihrer alleinigen Verwaltung und Verfügung unterliegenden Zweckvermögens einer juristischen Person machen, an der nur sie beteiligt sind. Es fragt sich deshalb, ob nicht die eigene Rechtspersönlichkeit der juristischen Person auch in diesen Fällen hintangesetzt und für die Beantwortung der Frage, ob ein schützenswerter Güterumsatz stattfindet, allein auf die beteiligten natürlichen Personen abgestellt werden kann.

a)

Für eine derartige Gleichstellung der juristischen Person mit ihren Mitgliedern in den Fällen der Identität der beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseits spricht sich Serick aus (2). Im Rahmen seiner "Durchgriffs-

(1) Die Problemlage ist selbstverständlich umgekehrt auch dann gegeben, wenn die juristische Person auf Veräußererseite steht. Der Einfachheit halber knüpfen die folgenden Untersuchungen an die angeführten Beispielfälle an.

(2) Vgl. aaO., S.191.

lehre" (3) beschäftigt er sich mit sogen. Normauslegungsproblemen, wobei er u.a. zu dem Ergebnis kommt (4), daß die Rechtsform der juristischen Person dann "mißachtet" und auf die dahinter stehenden natürlichen Personen "durchgegriffen" werden dürfe, wenn durch die Rechtsform der juristischen Person verdeckt werde, daß an einer Rechtshandlung Personen beteiligt sind, die tatsächlich identisch sind; hier führe der Durchgriff zu einer völligen Gleichsetzung der juristischen Person mit ihren Mitgliedern.

b)

Zur Begründung des aus Billigkeitsgründen zu fordernden Ergebnisses, der Gleichstellung also der juristischen Person mit ihren Mitgliedern in den genannten Fällen, bedarf es allerdings nicht der Durchgriffslehre (5). Die Berechtigung, den "Schleier der juristischen Person zu durchstoßen" (6), ergibt sich vielmehr aus dem Sinngehalt des § 892 BGB selbst.

Es wurde festgestellt (7), daß nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der Vorschrift der rechtsgeschäftliche Verkehr als wirtschaftlich rechnender Güterumsatz und damit als Erwerber nur ein neu hinzutretender Dritter geschützt werden soll. Nur zugunsten eines solchen Dritterwerbers soll der Grundbuchinhalt als richtig gelten und nur im Falle eines derartigen Dritterwerbs erschienen dem Gesetzgeber die Schutzbelange des Rechtsverkehrs so stark, daß er ihnen die Belange des wahren Berechtigten opferte. Dem eingetragenen Nichtberechtigten selbst aber soll der Schutz der Vorschrift nicht zugute kommen.

Nach dieser Zwecksetzung des § 892 BGB kann es für die Beurteilung, ob ein Erwerber als neu hinzutretender Dritter und damit als schutzwürdig anzusehen ist, auf die formale Rechtszuordnung allein nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr die letzte Bezogenheit des Rechtes, die wirtschaftliche Zuständigkeit i.S. einer Zuordnung des Rechtes zu demjenigen Rechtssubjekt, das letztlich die Möglichkeit sowie die Berechtigung hat, das Recht zu nutzen und zu verwerten. Ein rechtsgeschäftlicher Dritterwerb i.S. des § 892 BGB

(3) Vgl. zur Durchgriffslehre auch Drobnig, aaO., der allerdings die vorliegende Problematik nicht behandelt.

(4) aaO., S.217 (191 ff).

(5) So auch Enneccerus-Nipperdey, § 103 Fußnote 11 e; Reinhardt, Identitätsprobleme, S.581.

(6) Formulierung von Serick, aaO., S.271.

(7) siehe oben, S.12 f.

liegt also nicht bei jeder Änderung der Rechtszuordnung vor, sondern ist vielmehr nur dann gegeben, wenn sich die Änderung der Rechtszuordnung gleichzeitig als Änderung der wirtschaftlichen Zuordnung darstellt. Ein schützenswerter Dritterwerb findet demzufolge dann nicht statt, wenn das Recht zwar formal auf ein vom Veräußerer rechtlich verschiedenes Rechtssubjekt übergeht, die hinsichtlich des Rechts Beherrschungs- und Verwaltungsberechtigten jedoch dieselben geblieben sind.

Erwirbt nun eine juristische Person, deren Mitglieder zugleich auf der Veräußererseite des Rechtsgeschäftes stehen, so tritt eine Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit hinsichtlich des betreffenden Rechtes im Sinne der angeführten Begriffsbestimmung nicht ein. Denn auch nach dem Erwerb durch die juristische Person, die nur formal Rechtsträger geworden ist, unterliegt das erworbene Recht weiterhin der Beherrschungs- und Verwaltungsbefugnis der veräußernden natürlichen Personen über deren Mitgliedschaftsrechte an der juristischen Person (8).

c)

Gegen eine solche Gleichstellung der juristischen Person mit ihren Mitgliedern wandte sich Bing (9) mit der Begründung, eine solche Durchbrechung des Bildes einer juristischen Person verbiete sich aus deren Wesen.

Das "Wesen" der juristischen Person und die Vielzahl der dazu entwickelten Theorien (10) brauchen freilich nicht strapaziert zu werden, um der Auffassung von Bing zu entgegnen; denn da es sich hier um eine Frage der Rechts-handhabung handelt, kommt es allein auf das tatsächliche Erscheinungsbild der juristischen Person an (11). Grundlage für die Beurteilung kann hier nur das positive Recht sein.

Danach stellt sich die juristische Person als eine Einrichtung zur Erreichung gemeinsamer Zwecke dar, die von der Rechtsordnung als selbständiger Rechtsträger anerkannt wird. Zu beachten bleibt aber, daß das Gesetz diese durch

-
- (8) Daß die Mitglieder einer juristischen Person diese tatsächlich "beherrschen", wird in der Tatsache deutlich, daß sie "ihre" juristische Person jederzeit dazu bringen können, mit ihnen als Dritten zu kontrahieren.
 - (9) In einer Anm. zu einem Beschluß des KG in JW 1927, 1431.
 - (10) Vgl. hierzu die Darstellung bei Enneccerus-Nipperdey, § 103, Fußnote 2.
 - (11) In diesem Sinne auch H. Lehmann, Allgem. Teil, § 59 I, 2.

natürliche Personen gebildete Einheiten nicht "Personen" nennt, weil es Personen sind, sondern weil es sie so behandelt wissen will. Das konstruierte Subjekt bietet damit nur einen juristischen Zuordnungspunkt für einen Komplex von Rechtsbeziehungen (12).

Die juristische Person ist also keine autonome, unantastbare Rechtspersönlichkeit mit selbständigem Eigenleben, die gleichberechtigt neben den natürlichen Personen steht (13), sondern sie ist lediglich eine Rechtsform, durch die natürlichen Personen ein bestimmtes Vermögen beherrschen, dessen Träger eben die juristische Person ist.

Damit aber erscheint es gerechtfertigt, das "Bild der juristischen Person" (14) ohne weiteres dann zu "durchbrechen" (15), wenn es um die Anwendung einer Norm geht, deren Zweck der Verkehrsschutz ist, der Schutz also einer dem Gegenstand des Rechtsgeschäftes bisher fernstehenden natürlichen Person; eine rein formale Beachtung der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person in diesen Fällen würde zu einer Expropriation des wahren Berechtigten führen, obwohl die nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine solche Enteignung allein rechtfertigende Situation überhaupt nicht gegeben ist.

Man kommt sonach zu dem Ergebnis, daß diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen juristische Personen beteiligt sind, deren Mitglieder zugleich auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts auftreten (16), keine schützenswerten Verkehrsgeschäfte im Sinne des § 892 BGB sind; Denn die juristische Person und ihre Mitglieder sind hier wirtschaftlich identisch.

In diesem Sinne hatte schon das OLG Karlsruhe in einem Beschluß vom 25. August 1927 (17) die Auffassung vertreten, daß in den zur Rede stehenden Fällen für die Beurteilung des schutzwürdigen Verkehrsinteresses diejenigen natürlichen Personen in Betracht kommen, die das oberste Verfügungsrecht über das Vermögen der beteiligten juristischen Personen haben und wirtschaftlich dessen "Besitzer" sind. Der V.Senat des Reichsgerichts nimmt im Urteil vom 26. November 1927 (18) den gleichen Standpunkt ein. Er führt aus, es

(12) Vgl. Müller-Freienfels, aaO., S.529.

(13) So auch Serick, aaO., S.222.

(14) 15) Formulierung von Bing, aaO., S.1431.

(16) U.U. wiederum als Mitglieder einer anderen juristischen Person.

(17) In Aufwertungsrechtsprechung 1927, S.669.

(18) Vgl. RGZ 119, 126 (129).

sei eine "Überspannung der formalrechtlichen Unterscheidung zwischen den Rechtspersönlichkeiten natürlicher Personen und der Rechtspersönlichkeit einer von ihnen gebildeten juristischen Person", wenn man in diesen Fällen den Schutz des § 892 BGB gewähren wolle. Denn vor und nach dem Übertragungsakt seien es dieselben natürlichen Personen, denen das Recht zustehe.

Auch im Schrifttum (19) spricht man sich nahezu einhellig dafür aus, diesen Tatbeständen der wirtschaftlichen Identität von Veräußerern und Erwerbern den Schutz des § 892 BGB zu versagen (20).

d)

Diese Einschränkung des § 892 BGB legt nun die Frage nahe, ob nicht aus den gleichen Erwägungen heraus der Schutz der Vorschrift umgekehrt da gewährt werden muß, wo sich zwar nicht die rechtliche Zuordnung ändert, wohl aber eine Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit eintritt. Zur Verdeutlichung der Situation diene der

Fall 12: N_1 , N_2 und N_3 sind Gesellschafter einer GmbH, die zu Unrecht als Eigentümerin eines Grundstückes eingetragen ist. N_1 , N_2 und N_3 veräußern ihre Geschäftsanteile an der GmbH an X, Y und Z.

Ein Wechsel der Grundstückseigentümer findet hier in rechtlicher Hinsicht nicht statt: Trotz der Übertragung der Geschäftsanteile an X, Y und Z bliebe die GmbH, wäre sie eingetragene Eigentümerin des Grundstückes, als Trägerin eigener Rechtspersönlichkeit auch weiterhin Eigentümerin des Grundstücks. Geändert hat sich jedoch die wirtschaftliche Zuständigkeit des Eigentumsrechtes. Infolge des Erwerbs der Geschäftsanteile haben nun X, Y und Z die Beherrschungs- und Verwertungsbefugnis hinsichtlich des Grundstücks inne.

(19) Vgl. Wolff-Raiser, § 45 I 4; Baur, § 23 III 3d; Eichler, S.386/87; Westermann, § 85 III 1b; Serick, aaO., S.191 ff; Reinhardt, Identitätsprobleme, S.581; Lutter, aaO., S.161; Fritsch, aaO., S.284 ff; Heinsheimer, aaO., S.189 ff; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.22 ff; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr.18.

(20) A.A. Boesebeck in JW 1927, 62: Für derartige wirtschaftliche Erwägungen bleibe "gegenüber den streng sachenrechtlichen Normen kein Raum". Boesebeck übersieht jedoch, daß dieser unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte entwickelte Verkehrsgeschäftsbe-griff gerade durch die rechtspolitische Zwecksetzung des § 892 BGB ge-fordert wird.

Es fragt sich also, ob nicht im Hinblick auf diese Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit den Erwerbern der Geschäftsanteile der Schutz des § 892 BGB zugute kommt, nachdem die wirtschaftliche Verschiedenheit von Veräußerer und Erwerber als das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit der Vorschrift in den Fällen der Beteiligung juristischer Personen herausgestellt wurde.

In diesem Sinne hat man die Auffassung vertreten (21), daß § 892 BGB auf die genannten Fälle anzuwenden sei. Denn wenn man schon fast ausschließlich wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Frage der Anwendung der Vorschrift maßgeblich sein lasse, so sei es nicht recht einzusehen, weshalb der Gutgläubensschutz demjenigen versagt sein solle, der - wirtschaftlich gesehen - das Grundstück als völlig Fremder erwerbe.

Zwei methodische Wege sind denkbar, auf denen man zu einer Anwendung des § 892 BGB auf diese Fälle gelangen könnte.

aa)

Zunächst bietet sich eine extensive Interpretation des § 892 BGB an. Die ausdehnende Auslegung einer Vorschrift setzt da ein, wo der Wortlaut des Gesetzes hinter seiner rechtspolitischen Zwecksetzung zurückbleibt (22).

Nach dem Wortlaut des § 892 BGB gilt der Inhalt des Grundbuches zugunsten desjenigen als richtig, der ein Recht an einem Grundstück ... durch Rechtsgeschäft erwirbt. Die oben stehenden Untersuchungen (23) haben ergeben, daß nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der Vorschrift der am Grundstücksverkehr teilnehmende rechtsgeschäftliche Dritterwerber geschützt werden soll, der mit einem Veräußerer einen auf Änderung der Zuordnung eines Rechtes an einem Grundstück gerichteten dinglichen Vertrag abschließt.

Es ist somit festzustellen, daß sich Wortlaut und Zwecksetzung des § 892 BGB insoweit decken: Nur der rechtsgeschäftliche Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück soll geschützt werden. Für eine extensive Auslegung ist folglich kein Platz. Der Erwerber sämtlicher Anteile einer zu Unrecht im Grundbuch eingetragenen juristischen Person gehört nicht zum Kreis der durch

(21) So Lion-Levy in einer Anmerkung zu einer Entscheidung des RG in JW 1928, 1555.

(22) Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 75.

(23) Vgl. oben S. 10 ff.

§ 892 BGB geschützten Personen, da er kein Recht an einem Grundstück erwirbt. Für dieses Erwerbsgeschäft hat das Grundbuch nicht die Aufgabe, das Eigentum an einem Grundstück zuzuordnen.

bb)

Denkbar ist schließlich, daß es sich vorliegend um eine Gesetzeslücke handelt, und daß wegen einer möglicherweise festzustellenden Gleichartigkeit der Interessenlage dieses Falles mit dem durch § 892 BGB geregelten Fall des rechtsgeschäftlichen Erwerbes eine analoge Anwendung des § 892 BGB möglich ist.

Eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf die genannten Fälle muß jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt werden, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage nach Gesetzeslücke und möglicher Gleichartigkeit der Interessenlage bedarf: Wie bereits festgestellt (24), ist § 892 BGB eine Ausnahmenvorschrift, die ausnahmsweise vermöge einer Fiktion rechtsvernichtend in die wahre Rechtslage eingreift. Die analoge Anwendung einer Ausnahmenvorschrift aber ist dann unstatthaft, wenn es sich bei ihr um die Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsprinzips handelt, die der Gesetzgeber nur für genau umschriebene Fälle angeordnet hat (25). Die Ausdehnung der Vorschrift auf diejenigen Fälle, in denen die vom Gesetzgeber vorgestellte Ausnahmesituation nicht gegeben ist, ist damit nicht möglich (26).

Die in § 892 BGB vorgenommene Durchbrechung des Grundsatzes "nemo plus iuris..." gilt nur für die Ausnahmefälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbes; nur der rechtsgeschäftliche Verkehr ist ausnahmsweise schützenswerter als die Belange des wahren Berechtigten.

Damit ist auch die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 892 BGB auf die Fälle des Erwerbes sämtlicher Anteile einer juristischen Person mit Grundbesitz ausgeschlossen.

In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht im Urteil vom 10. November 1927 (27) gegen eine Anwendung des § 892 BGB auf die genannten Fälle mit der Begründung ausgesprochen, "ohne gesetzliche Ermächtigung lasse die

(24) Vgl. oben S.16.

(25) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.261.

(26) In diesem Sinne auch Engisch, aaO., S.147.

(27) Vgl. RGZ 118, 385.

rechtliche Natur der ... Vorschrift des § 892 BGB eine entsprechende Anwendung nicht zu" (28).

e)

Eine ähnliche Situation wie in den vorab behandelten Fällen des Erwerbs sämtlicher Anteile einer zu Unrecht im Grundbuch als Grundstückseigentümerin eingetragenen juristischen Person ergibt sich in den Fällen der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft nach dem Umwandlungsgesetz v. 12.11.1956 (28a). Als Beispiel diene

Fall 12a: N_1 , N_2 und N_3 sind alleinige Gesellschafter einer GmbH, die fälschlich als Eigentümerin eines Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist. Durch Gesellschafterbeschluß wandeln N_1 , N_2 und N_3 die GmbH nach § 24 UmwG in eine OHG um. Der Umwandlungsbeschluß wird nach § 4 UmwG ins Handelsregister eingetragen.

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter der OHG durch die Umwandlung Eigentum an dem Grundstück erworben haben, als dessen Eigentümerin die GmbH zu Unrecht eingetragen war. Wie in den zuvor behandelten Fällen des Anteilserwerbs ist jedoch auch hier ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich. Denn auch in diesen Fällen findet eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums von der GmbH auf die OHG nicht statt; nach § 5 UmwG geht das Vermögen der Kapitalgesellschaft mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister im Wege der Universalsukzession auf die OHG oder deren Gesellschafter über. Eine Eintragung des Grundstückseigentums nach §§ 873/925 BGB ist damit nicht erforderlich; § 892 BGB kann nicht angewendet werden. Eine extensive Interpretation oder die analoge Anwendung des § 892 BGB sind aus den oben für die Fälle des Anteilserwerbs angeführten Gründen nicht möglich.

Etwas anderes gilt freilich für die umgekehrt liegenden Fälle der Umwandlung einer Personalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft; hier kommt das Umwandlungsgesetz nicht zur Anwendung. Da eine Universalsukzession nur in den gesetzlich geregelten Fällen eintritt, ist in diesen Fällen mangels einer derartigen Regelung für den Übergang der Vermögensgegenstände auf die

(28) Ebenso RGZ 119, 131; vgl. ferner Fritsch, aaO., S.298; Emmerich in JW 1930, 256; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.21 a.

(28a) in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 6.9.1965.

"neue" Gesellschaft regelmäßig eine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Gegenstände in der jeweils vorgeschriebenen Form erforderlich (28b). Damit ist zwar § 892 BGB seinem Wortlaut nach anwendbar; es gelten jedoch bei Identität der beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite die oben (28c) entwickelten Grundsätze: Da ein schützenswerter Verkehr nicht stattfindet, sind diese Erwerbsgeschäfte vom Schutz des § 892 BGB auszunehmen.

2.

Umwandlungen von Allein-, Bruchteils- oder Gesamthandsberechtigungen in solche juristischer Personen und umgekehrt bei unvollkommener Identität der beteiligten natürlichen Personen auf der Veräußerer- und Erwerberseite

Auch hier lassen sich - wie in den vorab behandelten Fällen, bei denen lediglich Personalgesellschaften beteiligt waren - zwei Hauptgruppen bilden:

- (a) Auf der Erwerberseite kommen natürliche Personen hinzu, die auf der Veräußererseite nicht beteiligt sind.
- (b) Auf der Erwerberseite stehen nicht alle der auf der Veräußererseite beteiligten natürlichen Personen.

Fall 13: N ist eingetragener Nichteigentümer eines Grundstückes. Er gründet mit B und C eine GmbH und verpflichtet sich im Gesellschaftsvertrag, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin wird das Grundstück an die GmbH aufgelassen und diese im Grundbuch eingetragen.

(28b) Vgl. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 70, II, 5. .Lehmann, aaO., konstruiert jedoch eine Möglichkeit, in der die Kapitalgesellschaft nach § 142 HGB durch Anwachsung Berechtigte hinsichtlich des Vermögens der Personalgesellschaft wird. Für diese Fälle, in denen eine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände nicht erfolgt, gelten die Ausführungen zu den Fällen der Umwandlung nach dem UmwG entsprechend.

(28c) Vgl. S. 5 ff.

(29) So die h.M., vgl. Wolff-Raiser, § 45 I 4 a.E.; Eichler, aaO., S.387; Fritsch, aaO., S.308; Heinsheimer, aaO., S.192; Serick, aaO., S.191; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.22b; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr.19;

aa)

Bei Anwendung der aus dem Gesetzeszweck des § 892 BGB entwickelten Grundsätze ergibt sich für die durch diesen Beispielfall gekennzeichneten Tatbestände folgende Lösung:

Da in den Fällen, in denen juristische Personen beteiligt sind, eine Änderung der Rechtszuständigkeit in jedem Falle eintritt, kann von einem schützenswerten Verkehrsgeschäft nur dann die Rede sein, wenn die Änderung der Rechtszuständigkeit zugleich eine Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit bedeutet.

In den durch Beispiel 13 charakterisierten Fällen treten auf der Erwerberseite natürliche Personen hinzu, die auf der Veräußererseite nicht beteiligt sind. Die wirtschaftliche Zuständigkeit hinsichtlich des erworbenen Rechts ändert sich damit insoweit, als das Recht den neu hinzutretenden natürlichen Personen über deren Beherrschungs- und Verwaltungsrecht am Vermögen der juristischen Person zugeordnet werden muß. Diese - wenn auch nur teilweise - Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit verleiht dem Erwerbsgeschäft die Eigenschaft eines schützenswerten Verkehrsgeschäftes, § 892 BGB findet Anwendung (29).

bb)

Gegen dieses Ergebnis wendet sich Müller-Freienfels (30). Er fordert eine differenzierende, allein auf die Beteiligungsverhältnisse der natürlichen Personen an der juristischen Person abstellende Lösung. Die hier vertretene Auffassung ist seiner Ansicht nach (31) eine "schematische Einheitslösung", die sich nicht mit der ratio des § 892 BGB vereinbaren läßt, weil sie eben auf die Größe der Beteiligungsverhältnisse keine Rücksicht nimmt: Nach dem Gedanken, der dem Gutgläubensschutz zugrunde liegt, nämlich dem der Schadenstragung und der Risikoverteilung im redlichen Verkehr, würden es z.B. die Mitglieder einer Familien-AG nicht verdienen, "durch einen Gutgläubenserwerb von der (aus ihnen bestehenden) Erbengemeinschaft dem wahren Eigentümer sein Grundstück zu nehmen, nur weil ein einziger ... Kleinaktio-

RGZ 130, 340; RG in HRR 1930, Nr.1214; KG in HRR 1928, Nr.1144; vgl. im übrigen die Rechtsprechungsübersicht bei Fritsch, aaO., S.314.

(30) aaO., S.532 ff gegen Serick, der - allerdings mit anderer Begründung - zum hier vertretenen Ergebnis gelangt.

(31) aaO., S.532.

när beitrete". Es fehle hier "an einem ausreichenden Vertrauenstatbestand, der die Enteignung rechtfertigen könnte".

Sicherlich - und insoweit ist Müller-Freienfels beizustimmen - "verdienen" die Mitglieder der Familien-AG den Schutz des § 892 BGB nicht. Versagt man aber der AG den Schutz ganz, so bleiben die Belange des Kleinaktionärs außer Betracht. Dieser aber, wie gering seine Beteiligung an der juristischen Person auch sein mag, tritt als Neuerwerber hinzu, der dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts bisher ferngestanden hat, und ist als solcher schutzwürdig. Die Anwendung des § 892 BGB ist also in diesen Fällen mit der ratio der Vorschrift nicht nur vereinbar, sie wird geradezu von ihr gefordert. Da sich der dem Erwerbsgeschäft zu gewährende Schutz wegen der eigenen Rechtspersönlichkeit der erwerbenden juristischen Person nicht aufspalten läßt, kommt er zwangsläufig auch den auf der Veräußererseite beteiligten Mitgliedern der juristischen Person zugute; dies muß aber in Kauf genommen werden.

Es sind folglich alle diejenigen Tatbestände schützenswerte Verkehrsgeschäfte, bei denen auf der Erwerberseite noch natürliche Personen hinzutreten, die auf der Veräußererseite nicht beteiligt sind; dies gilt auch dann, wenn ihre Beteiligung an der juristischen Person gering ist.

b)

Fall 14: A ist einer der mehreren Aktionäre der X-AG, die eingetragene Nießteigentümerin eines Grundstücks ist. A erwirbt dieses Grundstück von der AG.

aa)

In diesen Fällen, in denen nur ein Teil der Mitglieder der veräußernden juristischen Person auf der Erwerberseite steht, liegt es zunächst nahe, die Lösung mit einem "argumentum a maiori ad minus" zu finden: Man könnte mit Martin Wolff (32) der Auffassung sein, daß in dem Mehr das Weniger enthalten und deshalb der völligen Identität der beteiligten natürlichen Personen der Fall gleichzustellen sei, in dem ohne Hinzutritt eines Neuen nur ein Teil der auf der einen Seite mitwirkenden natürlichen Personen auf der anderen Seite auftritt. Diese Lösung trifft für die bereits behandelten Tatbestände zu,

(32) Vgl. Wolff-Raiser, § 45 I 4; ebenso Lutter, aaO., S.161, allerdings ohne Begründung.

bei denen lediglich natürliche Personen, allerdings in verschiedener rechtlicher Verbundenheit, beteiligt sind (33): Auch wenn nur ein Teil der Veräußerer als Erwerber auf tritt, handelt es sich um ein Nichtverkehrsgeschäft; denn die Rechtszuständigkeit wird nicht geändert.

Sind jedoch juristische Personen beteiligt, so ist den ermittelten Grundsätzen zufolge allein auf die wirtschaftliche Zuständigkeit abzustellen. Nur wenn sich die wirtschaftliche Zuständigkeit hinsichtlich des erworbenen Rechts nicht geändert hat, liegt ein Nichtverkehrsgeschäft vor.

Eine dementsprechend vorgenommene Prüfung ergibt für die zur Rede stehenden Fälle folgendes: Wirtschaftliche Zuständigkeit wurde definiert (34) als die Zuordnung eines Rechtes zu demjenigen Rechtssubjekt, dem letztlich Beherrschungs- und Nutzungsbefugnis sowie -möglichkeit hinsichtlich dieses Rechtes zustehen. Vor der Veräußerung stand diese Beherrschungsbefugnis den Mitgliedern der veräußernden juristischen Person in ihrer Gesamtheit zu. Geht man nun von einer Vielzahl gleich- oder ähnlichbeteiligter Mitglieder aus, so hat das einzelne Mitglied - der Kleinaktionär etwa - aufgrund seiner geringen wirtschaftlichen Beteiligung keinerlei Beherrschungsmöglichkeit. Eine wirtschaftliche Zuordnung des Rechtes zu seiner Person ist damit nicht möglich. Die juristische Person und ihr Mitglied sind also wirtschaftlich nicht identisch; das Mitglied steht "seiner" juristischen Person praktisch wie ein beliebiger Dritter gegenüber. Erwirbt es von der juristischen Person, so begründet es damit hinsichtlich des erworbenen Rechtes eine neue wirtschaftliche Zuständigkeit in seiner Person: Das Erwerbsgeschäft ist Verkehrsgeschäft.

bb)

In diesen Fällen allerdings liegt es - im Gegensatz zu den vorab behandelten - nahe, entsprechend der von Müller-Freienfels geforderten Lösung (35) zu differenzieren und eine Änderung der wirtschaftlichen Zuständigkeit und damit wirtschaftliche Verschiedenheit von Veräußerer und Erwerber dann zu verneinen, wenn das erwerbende Mitglied nahezu sämtliche Anteile der veräußernden juristischen Person in Händen hat. Denn hier tritt nicht ein grundsätzlich schützenswerter, bisher unbeteiligter Dritter hinzu.

In diesem Sinne klingt auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom

(33) Vgl. oben S.22 ff.

(34) Vgl. oben S.27 f.

(35) Vgl. aaO., S.532 ff.

13. März 1929 (36) das Postulat nach differenzierender Lösung an. In dem zur Entscheidung stehenden Falle hatte der Erwerber eines Grundstückes 2/5 der Aktien der veräußernden AG in Besitz. Das Reichsgericht führt aus (37), daß dann, wenn der erwerbende Aktionär weniger als die Hälfte der Aktien der veräußernden AG in Händen habe, noch keine Identität gegeben sei. Bei "ganz besonderer Sachlage" sei jedoch unter Umständen anders zu urteilen (38).

cc)

Eine solchermaßen differenzierende, allein auf die Beteiligungsverhältnisse der natürlichen Personen an der juristischen Person abstellende Lösung birgt jedoch, so bestechend sie zunächst erscheinen mag, einen schwerwiegenden, ihre Brauchbarkeit entscheidend herabsetzenden Nachteil: Sie bringt notwendig erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich (39). Denn wann kann man tatsächlich von einer der vollkommenen Identität gleich zu achtenden Beherrschung der juristischen Person durch den Teil der Mitglieder sprechen, die auf der anderen Seite des Rechtsgeschäftes stehen? Schon bei einer Kapitalbeteiligung von knapp über 50%? Oder ist eine der vollständigen Identität gleichzusetzende Sachlage erst dann gegeben, wenn die Anteile der betreffenden natürlichen Personen zwei Drittel und mehr ausmachen? Bedenken ergeben sich schließlich auch insofern, als man nur die Kapitalbeteiligung entscheiden lassen will. Ist nicht auch das Stimmrecht der Mitglieder von wesentlicher Bedeutung für deren "Beherrschung" der juristischen Person?

Man muß zugeben, daß diese Schwierigkeiten der Abgrenzung die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der anzuwendenden Norm gefährden und damit zu einer Unberechenbarkeit des Urteilsspruches führen; denn der Richter wird auf eigene Werturteile im Einzelfall verwiesen. Die hieraus resultierende Unsicherheit im Rechtsverkehr bedeutet letztlich eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit (40).

Müller-Freienfels sieht diese Nachteile seiner Lösung (41). Er ist jedoch der

(36) RG in JW 1929, 1387/88.

(37) aaO., S. 1387/88.

(38) Vgl. RG, aaO., S. 1388.

(39) Dies sieht allerdings auch das RG in der zitierten Entscheidung, aaO., S. 1388.

(40) Rechtssicherheit in dem Sinne, daß gesetztes Recht sicher, d.h. auf Tatsachen gegründet ist; vgl. Radbruch, Vorschule, S. 30.

(41) Vgl. aaO., S. 533.

Auffassung (42), daß es immer noch besser sei, wenn der Richter elastische Begriffe benutze, als wenn er Grundsätze anwenden solle, die zu unannehmbaren Konsequenzen führen.

dd)

Indem Müller-Freienfels somit der Gerechtigkeit in Form der gerechten Entscheidung im Einzelfall gegenüber der Rechtssicherheit den Vorzug gibt, nimmt er eine Wertung von grundsätzlicher Bedeutung vor, die nicht unwidersprochen bleiben kann.

aaa)

Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sind neben der Zweckmäßigkeit die Wertideen des Rechtes. Die formale Natur der Gerechtigkeit benötigt zu ihrer inhaltlichen Erfüllung den Zweckgedanken. Der Relativismus des Zweckgedankens wiederum verlangt Positivität und Sicherheit des Rechtes (43). Dies bedarf einer näheren Ausführung:

Gerechtigkeit bedeutet Gleichbehandlung Gleicher und Ungleichbehandlung Ungleicher nach gleichem Maßstab. Daß Gerechtigkeit aber nur eine formale Idee ist, wird in der Tatsache deutlich, daß sie weder festzustellen vermag, wer als gleich oder ungleich anzusehen ist, noch darüber etwas sagen kann, wie die Gleichen und Ungleichen zu behandeln seien.

Um diesen Inhalt der formalen Idee "Gerechtigkeit" auszufüllen, bedarf es der Ergänzung durch die Zweckmäßigkeit im Sinne der "gesollten Zweckidee" (44). Fragt man nach dieser Zweckidee des Rechtes, so endet man im Relativismus. Denn die höchsten Zwecke und Werte des Rechtes sind nicht nur verschieden im Hinblick auf die sozialen Verhältnisse der verschiedenen Völker und Zeiten, sie werden auch subjektiv von Mensch zu Mensch verschieden beurteilt, je nach Rechtsgefühl, Staatsauffassung und Parteistandpunkt, Religion oder Weltanschauung.

Da infolge dieses Relativismus' insoweit das richtige Recht nicht festgestellt werden kann, muß es durch eine Macht festgesetzt werden, die das Festgesetzte durchzusetzen vermag. Damit ergibt sich als dritter Bestandteil der

(42) Vgl. aaO., S.533.

(43) Vgl. hierzu Radbruch, Vorschule, S.32

(44) Vgl. Radbruch, Vorschule, S.27.

Rechtsidee die Rechtssicherheit, und zwar nicht Sicherheit durch das Recht, sondern Sicherheit des Rechtes selbst, gewährleistet durch positives, gesetzliches Recht.

Ist damit dargelegt, daß die drei Wertideen des Rechtes einander zur Ergänzung bedürfen, so muß gleichzeitig festgestellt werden, daß sie einander zugleich widersprechen.

bbb)

Der entscheidende Widerstreit besteht hierbei zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit; denn Gerechtigkeit erfordert weitgehende "Konkretisierung", d.h. Rücksichtnahme auf die individuellen Verhältnisse der Person und der Situation, während Rechtssicherheit nur durch weitgehende Abstraktion realisiert werden kann (45).

Eine generelle Lösung dieses Widerstreites zugunsten der Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit erscheint nicht möglich; denn genauer besehen handelt es sich bei dem Widerstreit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit um einen Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, da die Rechtssicherheit letztlich eine Form der Gerechtigkeit ist (46). Dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß die von der Rechtssicherheit geforderte Anwendung positiven Rechtes, und zwar die gleichmäßige Anwendung auch unrichtigen Rechtes, auf den einen wie den anderen, eben der Gleichheit entspricht, die die Idee der Gerechtigkeit verlangt. Die Lösung des Konfliktes ist deshalb eine Maßfrage (47); es gilt sorgfältig abzuwägen, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Rechtssicherheit nicht ohne weiteres der Gerechtigkeit geopfert werden kann. Denn die Rechtssicherheit i.S. der Zuverlässigkeit der Geltung von Rechtsnormen und der Vorausssehbarkeit von Einzelentscheidungen bildet die wichtigste Grundlage für den rechtsgeschäftlichen Verkehr.

Mit Rücksicht auf diese Bedeutung der Rechtssicherheit wird man die Abwägung in dem Sinne vornehmen müssen, daß die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit nur da zu weichen hat, "wo die Ungerechtigkeit positiven Rechts ein solches Maß erreicht hat, daß die durch dieses unrichtige positive Recht verbürgte Rechtssicherheit gegenüber dieser Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr

(45) Vgl. Engisch, aaO., S.163 ff.

(46) Vgl. Radbruch, Vorschule, S.32/33.

(47) So Radbruch, Vorschule, S.33.

ins Gewicht fällt" (48). In der Regel aber wird die Rechtssicherheit als mindere Form der Gerechtigkeit die Geltung auch ungerechten positiven Rechtes rechtfertigen (49).

ccc)

Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich für den vorliegenden Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit folgende Lösung:

Nur dann ist der von Müller-Freienfels (50) geforderten differenzierenden, weitestgehende Einzelfallgerechtigkeit garantierenden Lösung gegenüber der hier vorgeschlagenen "Einheitslösung" (51) und der daraus gewonnenen Rechtssicherheit der Vorzug zu geben, wenn die mit dieser Einheitslösung verbundene Ungerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht.

Als ungerecht kann bei einer Anwendung des § 892 BGB auf alle Fälle, in denen nur ein Teil der Mitglieder der juristischen Person auf der anderen Seite des Erwerbsgeschäftes steht, lediglich erscheinen, daß damit auch denjenigen Tatbeständen der Schutz der Vorschrift zugute kommt, in denen die betreffenden natürlichen Personen nahezu sämtliche Anteile der juristischen Person in Händen haben. Daß diese Ungerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreiche, kann jedoch, vor allem im Hinblick auf die praktische Seltenheit dieser Fälle, ernsthaft nicht behauptet werden. Man darf im übrigen nicht außer Acht lassen, daß es sich bei der Nichtanwendung des § 892 BGB auf die hier zu behandelnden Tatbestände um die einschränkende Auslegung einer Vorschrift nach deren rechtspolitischer Zwecksetzung handelt, für die der Wortlaut der Norm keinerlei Anhaltspunkt gibt. In solchen Fällen aber erlangt das Postulat der Rechtssicherheit besonderes Gewicht; denn mangels eines klaren gesetzlichen Wortlauts läßt sich die Idee der Gerechtigkeit nur durch Aufstellung fester Grundsätze realisieren: Nur so ist tatsächlich Gleichbehandlung Gleicher und Ungleichbehandlung Ungleicher zu erreichen. Es erscheint aus diesem Grunde sogar das Maß der mit einer differenzierenden Lösung verbundenen Ungerechtigkeit größer als im Falle der Einheitslösung: Denn es bliebe dem Werturteil des Richters überlassen, wann er nun einen

(48) So Radbruch, Rechtsphilosophie, S.353; ders., Vorschule, S.33.

(49) Vgl. Engisch, aaO., S.163; Radbruch, Vorschule, S.33; Germann, aaO., S.56; vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 3, 225 (233); BGHZ 23, 181.

(50) Vgl. aaO., S.532 ff.

(51) Anwendung des § 892 BGB auf alle Fälle, in denen nur ein Teil der

Tatbestand, bei dem nur ein Teil der Mitglieder einer juristischen Person auf der anderen Seite des Rechtsgeschäftes auftritt, der völligen Identität der beteiligten natürlichen Personen gleichstellen und § 892 BGB ausschließen will und wann nicht.

Ein vergleichender Blick schließlich auf andere Normen zeigt, daß man auch in anderen Fällen ein Zurückdrängen des sachlich Wünschbaren, dem Gerechtigkeitsideal Entsprechenden zugunsten praktikabler und in concreto leicht feststellbarer, der Rechtssicherheit dienender Rechtsbegriffe gern in Kauf nimmt. Das ist etwa bei all den Normen der Fall, in denen das Gesetz anstatt schwer feststellbarer Kriterien, anstatt einer gewissen Reife beispielsweise als Voraussetzung für Geschäftsfähigkeit, Ehemündigkeit, Deliktsfähigkeit u.ä., feste Zahlen als Grenzen festgesetzt hat, obwohl es dadurch offensichtlich nicht jedem Einzelfall gerecht werden kann. Diese vom Gesetz solchermaßen durch Festlegung bestimmter, leicht zu ermittelnder äußerer Symptome hervorgerufenen Vergröberungen und daraus möglicherweise resultierende Unbilligkeiten müssen eben hingenommen werden; denn die "Ungerechtigkeiten" dieser Normen sind keineswegs so gravierend, daß deswegen die als notwendig erkannte und durch diese Vorschriften verbürgte Rechtssicherheit aufgegeben werden müßte.

Man muß deshalb Müller-Freienfels entgegenhalten, daß es bei Beurteilung der zu Rede stehenden Tatbestände immer noch besser ist, wenn der Richter vergröbernde Grundsätze anwendet, die möglicherweise im Einzelfall zu einem unbilligen Ergebnis führen, als wenn er differenzierend elastische Begriffe gebrauchen soll, die erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen und deren Verwendung damit eine Gefährdung der Rechtssicherheit bedeutet.

Aus diesen Gründen sind sämtliche Fälle, in denen juristische Personen beteiligt sind, dann Verkehrsgeschäfte, wenn keine vollkommene Identität zwischen den beteiligten natürlichen Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite besteht.

Nichtverkehrsgeschäfte und vom Schutz des § 892 BGB auszunehmen sind folglich nur diejenigen Fälle dieser Tatbestandsgruppe, bei denen sämtliche Mitglieder der beteiligten juristischen Personen zugleich auf der anderen Seite des Erwerbsgeschäftes auftreten (52).

Mitglieder der juristischen Person auf der anderen Seite des Erwerbsgeschäftes steht.

B. Nichtverkehrsgeschäfte im Fahrnisrecht

Daß die Problemlage nicht nur auf das Liegenschaftsrecht beschränkt, sondern gleichermaßen auch im Fahrnisrecht gegeben ist, wird deutlich, wenn man die Vorschriften der §§ 932 ff BGB, den "Normalfall" des gutgläubigen Erwerbs im Fahrnisrecht, und § 892 BGB hinsichtlich ihrer Zwecksetzung sowie ihrer Voraussetzungen miteinander vergleicht.

I. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 932 ff BGB

Es wurde bereits bei der Ermittlung der dem § 892 BGB zugrunde liegenden Zwecksetzung festgestellt, daß die Gutglaubensvorschriften dem Verkehrsschutz dienen.

Der Verkehrsschutz im Sinne des Schutzes eines neu hinzutretenden rechtsgeschäftlichen Dritterwerbers wurde als notwendig und die mit seiner Verwirklichung verbundene Expropriation des wahren Berechtigten wegen der überwiegenden Bedeutung des Verkehrsschutzinteresses als gerechtfertigt erkannt.

Diese Zwecksetzung liegt auch den §§ 932 ff BGB zugrunde. Es verlieren folglich auch die Gutglaubensvorschriften des Fahrnisrechtes da ihren Sinn, wo ein schützenswerter rechtsgeschäftlicher Verkehr nicht stattfindet. Die Frage, wann dies im Fahrnisrecht der Fall ist, kann entsprechend den für das Liegenschaftsrecht herausgearbeiteten Grundsätzen beantwortet werden. So muß man auch hier die Fälle der rechtlichen oder wirtschaftlichen Identität von Veräußerer und Erwerber als Nichtverkehrsgeschäfte vom Schutz der Gutglaubensvorschriften ausnehmen.

Es lassen sich allerdings die zu § 892 BGB gebildeten Beispielfälle nicht ohne weiteres auf das Fahrnisrecht übertragen; denn infolge der unterschiedlichen Normvoraussetzungen sind es im Fahrnisrecht andere tatsächliche Situationen, in denen die Problemlage gegeben ist.

(52) Vgl. im Ergebnis Serick, aaO., S.193 ff; Fritsch, aaO., S.284 ff (307 ff); Heinsheimer, aaO., S.189 ff; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr.20 ff und die Rechtsprechungsübersicht bei Fritsch, aaO., S.314.

II. Die Normvoraussetzungen der §§ 932 ff BGB im Vergleich mit denjenigen des § 892 BGB

Während im Immobilienrecht der Grundbuchstand Anknüpfungspunkt für den Gutglaubensschutz ist, bildet für den gutgläubigen Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen der auf dem Besitz des Veräußerers beruhende Rechtsschein die Grundlage des zu gewährenden Schutzes.

Der fahnisrechtliche Verkehrsschutz erfährt nach dem Gesetz jedoch in zweifacher Hinsicht eine Abschwächung gegenüber dem immobilienrechtlichen. Denn einmal wird dem fahnisrechtlichen Erwerber eine besondere Diligenzpflicht dadurch auferlegt, daß ein fahrlässiges Nichtkennen der Nichtberechtigung des Veräußerers der Kenntnis gleichgestellt wird, während im Immobilienverkehr dem Erwerber nur die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuches schadet. Der Hauptunterschied aber liegt in der Tatsache, daß im Fahnisverkehr ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers dann nicht eingreift, wenn der den Rechtsschein hervorrufende Tatbestand - der Besitz des Veräußerers - ohne den Willen des wahren Berechtigten entstanden ist (§ 935 BGB). Für den Schutz des Erwerbers im Liegenschaftsrecht hingegen ist es ohne Bedeutung, auf welche Weise die Grundbucheintragung als der den Rechtsschein begründende Tatbestand zustande gekommen ist.

Infolge dieser noch über die Voraussetzungen des § 892 BGB hinausgehenden Erfordernisse der §§ 932 ff BGB wird die Problemlage im Fahnisrecht sehr viel weniger praktisch als im Immobilienverkehr.

III. Beispiele für Nichtverkehrsgeschäfte im Fahnisrecht

Zur Verdeutlichung der Problemlage im Fahnisrecht lassen sich, unter Berücksichtigung der besonderen Voraussetzungen der §§ 932 ff BGB, etwa folgende, den für das Liegenschaftsrecht aufgezeigten Tatbeständen entsprechenden Beispielsfälle bilden:

Fall 15: N_1 und N_2 haben von E ein Kraftfahrzeug zu Miteigentum erworben. Die Übereignung war ohne grobfahrlässige Kenntnis der Beteiligten nach § 138 Abs. II BGB nichtig. Bald darauf gründen N_1 und N_2 eine OHG und verpflichten sich im Gesellschaftsvertrag, das Kraftfahrzeug in die Gesellschaft einzubringen. Daraufhin wird das Kraftfahrzeug an N_1 und N_2 als Gesellschafter der OHG übereignet.

Fall 16: N_1 , N_2 und N_3 sind Gesellschafter einer OHG. Der vertretungsberechtigte N_1 erwirbt vom Eigentümer E ein Kraftfahrzeug für die OHG.

Die Übereignung ist ohne grobfahrlässige Kenntnis der Beteiligten nach § 138 Abs. II BGB nichtig. Demnächst wird die OHG aufgelöst. Im Wege der Auseinandersetzung erwirbt N₃ das Kraftfahrzeug zu Alleineigentum.

Fall 17: N, Alleingesellschafter einer GmbH, ist Nichteigentümer eines Kraftfahrzeuges, für dessen Eigentümer er sich ohne grobe Fahrlässigkeit hält und das dem wahren Eigentümer nicht abhanden gekommen ist. N übereignet das Kraftfahrzeug an "seine" GmbH.

Diese Tatbestände sind Nichtverkehrsgeschäfte: Der oder die Veräußerer sind auch auf der Erwerberseite beteiligt. Nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der §§ 932 ff BGB sind diese Erwerbsgeschäfte vom Verkehrsschutz auszunehmen (1).

C. Sondertatbestände

I. Treuhandgeschäfte

1.

Charakterisierung der Treuhandgeschäfte

Mit Siebert (1a) lassen sich drei Typen, drei "Grundformen" des rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnisses unterscheiden.

-
- (1) Das Problem der Nichtverkehrsgeschäfte im Fahrnisrecht hat die Rechtsprechung bisher - soweit ersichtlich - noch nicht beschäftigt. Auch in der Literatur hat man sich damit noch nicht auseinandergesetzt. Der Grund hierfür dürfte in der außerordentlichen praktischen Seltenheit derartiger Tatbestände zu suchen sein. Lediglich Serick deutet an (aaO., S. 198, Fußnote 2), daß die für § 892 BGB aufgestellten Erwägungen auch hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen gelten müßten; deshalb könne z.B. der Einmannsgesellschafter von seiner Gesellschaft auch bewegliche Sachen wegen der Nichtanwendbarkeit des § 932 BGB nicht gutgläubig erwerben.
- (1a) Vgl. Siebert, Treuhand, S. 401 ff. Auf die mit dem rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnis zusammenhängende Problematik kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Ausgangspunkt für die folgenden Erörterungen bildet deshalb im wesentlichen die umfassende, auch heute noch maßgebende Untersuchung Sieberts.

1. Das "fiduziarische" Treuhandverhältnis: Der Treugeber überträgt dem Treuhänder das Vollrecht am Treugut. Hierbei besteht nur eine schuldrechtliche Bindung des Treuhänders dem Treugeber gegenüber; irgendwelche Außenwirkungen entfaltet diese Art der treuhänderischen Bindung grundsätzlich nicht.
2. Das Treuhandverhältnis mit "dinglich abgeschwächter Rechtsmacht des Treuhänders": Es tritt als auflösend bedingte Vollrechtsstellung des Treuhänders oder als gemeinsame Berechtigung von Fiduziant und Fiduziar auf.
3. Das Treuhandverhältnis auf der Grundlage einer Ermächtigung (§ 185 BGB).

Das vorliegende Problem, die Frage also, ob ein Erwerbsgeschäft Verkehrs- oder Nichtverkehrsgeschäft ist, hat die Ausschlußmöglichkeiten von Gutgläubensschutzvorschriften zum Gegenstand; die Problemlage tritt folglich immer dort, aber auch nur dort auf, wo ein Vollrecht übertragen wird. Hieraus wird deutlich, daß von den dargestellten "Stufen" (2) der Treuhand das Treuhandverhältnis auf der Grundlage einer Ermächtigung (zu 3.) von den weiteren Betrachtungen ausgeschlossen werden muß. Im Falle des fiduziarischen Treuhandverhältnisses (zu 1.) hingegen ist die Problemlage gegeben, denn der Fiduziar erwirbt das Vollrecht. Das gleiche gilt für das Treuhandverhältnis mit dinglich abgeschwächter Rechtsmacht (zu 2.). Ob ein derartiges Treuhandverhältnis - etwa in Form einer auflösend bedingten Vollrechtsstellung - überhaupt zulässig ist (3), kann dahinstehen. Im Rahmen dieser Arbeit soll lediglich unter der Voraussetzung der Bejahung dieser Frage die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch den Treuhänder untersucht werden.

Eine weitere Einteilungsmöglichkeit der Treuhandverhältnisse ergibt sich aufgrund des ihnen zugrunde liegenden Zwecks. So muß man uneigennützige oder Verwaltungstreuhand und eigennützige oder Sicherungstreuhand unterscheiden.

2.

Die Verwaltungstreuhand

Fall 18: N hat vom unerkennbar Geisteskranken A dessen Grundstück erworben und ist im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. Da

(2) Ausdruck von Beyerle, Treuhand, S.26 ff (31).

(3) Vgl. zu diesem Problem Siebert, aaO., S.214 ff.

er eine jahrelange Reise anzutreten gedenkt, beauftragt er seinen Freund Z mit der Verwaltung des Grundstückes während seiner Abwesenheit. Um Z, der ihn für den Eigentümer hält, alle Schwierigkeiten in Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation aus dem Wege zu räumen, läßt N das Grundstück an ihn auf. Z wird daraufhin als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Aus den angeführten Gründen ist es gleichgültig, ob Z auflösend bedingtes Eigentum oder das Vollrecht lediglich mit schuldrechtlicher Bindung erworben hat. In beiden Fällen erfolgt eine Übereignung, und da N Nichtberechtigter ist, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs durch Z.

a)

Die Beantwortung der Frage, ob dem Verwaltungsfiduziar der Schutz der Gutgläubensvorschriften zugute kommt, hängt den entwickelten Grundsätzen zufolge davon ab, ob in diesen Fällen eine Rechtsänderung aufgrund eines dinglichen Vertrages eintritt, den zwei rechtlich und wirtschaftlich verschiedene Personen zum Ausgleich ihrer gegenseitigen Interessen abschließen.

Nun sind zwar Fiduziar und Fiduziant weder rechtlich noch wirtschaftlich identisch, und man müßte insoweit die im Rahmen der Verwaltungstreuhand vorgenommene Übereignung des Treugutes als schützenswertes Verkehrsgeschäft ansehen.

Es wird jedoch hier ein weiterer Gesichtspunkt, ein bisher noch nicht in Erscheinung getretenes Merkmal des Verkehrsgeschäftsbegriffes bedeutsam: die Notwendigkeit gegenseitiger, auf den Eigentumsübergang gerichteter Interessen, und zwar vor allem das Erfordernis eines Erwerbsinteresses des Treuhänders. Die Auslegung des § 892 BGB hat ergeben, daß die Gutgläubensschutzvorschriften den Konflikt zwischen dem Erhaltungsinteresse des wahren Berechtigten und dem Erwerbsinteresse des Erwerbers zum Gegenstand haben; der Gesetzgeber hat sich aus den dargelegten Gründen (4) für das Erwerbsinteresse, für den Verkehrsschutz entschieden. Aus diesem Normzweck und im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Schutzvorschriften ergibt sich, daß ein Gutgläubenschutz dann gegenstandslos wird, wenn ein Erwerbsinteresse, das allein die Enteignung des wahren Berechtigten ausnahmsweise rechtfertigen

(4) Vgl. oben S.11 ff.

könnte, überhaupt nicht gegeben ist: Die Rechtssicherheit braucht der Verkehrssicherheit nur da zu weichen, wo diese es wirklich erfordert.

b)

Ein solches schützenswertes Erwerbsinteresse fehlt dem uneigennützigen Treuhänder, dem das Treugut lediglich zu Verwaltungszwecken übereignet wird. Denn der Verwaltungsfiduziar nimmt lediglich die Interessen des Fiduzianten wahr: Ihm ist es gleichgültig, ob er Eigentum am Treugut erwirbt oder nicht. Ein Gutglaubensschutz erscheint damit hier nicht erforderlich; es treten in diesem Fall die Interessen der Rechtssicherheit wieder in den Vordergrund, die Belange des wahren Berechtigten erscheinen schützenswerter. Der Erwerb des Verwaltungsfiduziars ist damit Nichtverkehrsgeschäft, die Gutglaubensvorschriften finden keine Anwendung (5).

Anderer Auffassung ist hier Nüßgens (6). Er ist der Ansicht (7), daß der mit den Gutglaubensvorschriften bezweckte Schutz lediglich dem abstrakten Erwerbswillen eines Erwerbers gelte. Wer erwerben wolle, solle unter bestimmten Voraussetzungen auf den Rechtsschein vertrauen können. Die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens leite sich nicht aus dahinterstehenden wirtschaftlichen Interessen des Erwerbers her.

Aus der ermittelten Zwecksetzung der Gutglaubensschutzvorschriften geht jedoch eindeutig hervor, daß ein derartiger abstrakter Erwerbswille ohne wirtschaftliches Eigeninteresse des Erwerbers für sich alleine den Vertrauensschutz nicht rechtfertigen kann. Denn der Gesetzgeber ging - was seine Entscheidung zugunsten des Erwerbsinteresses zeigt - davon aus, daß dieses Erwerbsinteresse mindestens ebenso schutzwürdig sei wie das Beharrungsinteresse des Berechtigten. Dieses Rechtssicherheitsinteresse des Berechtigten aber ist wirtschaftlicher Natur, denn mit dem Erwerb des Nichtberechtigten wird sein Vermögen gemindert. Vom Standpunkt des Gesetzgebers aus kann daher ein gleich schutzwürdiges Interesse ebenfalls nur ein wirtschaftliches Interesse sein. Unter diesem Gesichtspunkt scheint die Auffassung Nüßgens nicht haltbar.

Es bleibt aber zu prüfen (8), ob nicht möglicherweise in der Person eines sol-

(5) Vgl. im Ergebnis Ewald, aaO., S.273; Weber, aaO., S.116; Stoevesandt, aaO., S.62.

(6) Vgl. aaO., S.88 ff.

(7) Vgl. aaO., S.91.

(8) Das betont auch Weber, aaO., S.98 ff.

chen, nicht für sich erwerbenden und daher lediglich fremdinteressierten Erwerbers das Eigentumsinteresse eines dahinterstehenden Dritten geschützt werden muß.

Im Falle der Verwaltungsfiduzia ist der dahinterstehende Dritte der nichtberechtigten Fiduziant. Die Gutgläubensvorschriften bezwecken lediglich den Schutz des redlichen Dritterwerbers, nicht aber den des verfügenden Nichtberechtigten selbst; es können folglich auch die aus diesem Grund nicht schutzwürdigen Interessen des Fiduzianten keinen gutgläubigen Erwerb in der Person des Fiduziars rechtfertigen.

2.

Die Sicherungstreuhand

Fall 19: N ist eingetragener Nichteigentümer eines Grundstückes. Zur Sicherung einer Forderung überträgt er das Grundstückseigentum auf seinen gutgläubigen Gläubiger Z.

Fall 20: N verwahrt für A ein wertvolles Gemälde. Zur Sicherung einer Forderung übereignet N das Gemälde nach § 929 BGB (9) an seinen gutgläubigen Gläubiger Z.

Im Falle der Sicherungsfiduzia läßt sich ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Fiduziars an seinem Erwerb nicht leugnen; denn die Übereignung dient gerade seiner Sicherung.

Es genießt also der Erwerb durch den Sicherungsfiduziar als Verkehrsgeschäft den Schutz der Gutgläubensvorschriften (10).

II. Der Erwerb des mittelbaren Stellvertreters

Die Rechtsfigur des mittelbaren Stellvertreters, der im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornimmt, ist gesetzlich nicht geregelt. Es war deshalb, nachdem man sich über die Zuläs-

(9) Die üblicherweise in derartigen Fällen vorgenommene Übereignung nach § 930 BGB ist wegen § 933 BGB kein Fall der Problemlage.

(10) Dieses Ergebnis ist allgemeine Meinung, vgl. etwa Nüßgens, aaO., S. 98; Ewald, aaO., S. 255; Stoevesandt, aaO., S. 64.

sigkeit dieser Figur geeinigt hatte, die Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung, Grundsätze zur Regelung dieses Institutes zu entwickeln.

1.

Formen des Eigentumserwerbes durch mittelbaren Stellvertreter

Hinsichtlich des Eigentumserwerbes durch mittelbaren Stellvertreter sind es im wesentlichen drei Theorien, auf die man zurückgreift:

1. Das Geschäft für Rechnung desjenigen, den es angeht. Soweit ein Handeln für denjenigen, den es angeht, vorliegt, erwirbt nach h.M. (1) der Geschäftsherr unmittelbar Eigentum.
2. Das antizipierte Besitzkonstitut (2). Geschäftsherr und Mittler vereinbaren:
(a) daß die vom Mittler für den Geschäftsherrn erworbenen Sachen in das Eigentum des Geschäftsherrn übergehen sollen, und
(b) ein Besitzmittlungsverhältnis hinsichtlich der zu erwerbenden Sachen. Diese Vereinbarung hat zur Folge, daß nach § 930 BGB das Eigentum an den vom Mittler erworbenen Sachen auf den Geschäftsherrn übergeht. Der Mittler erwirbt hierbei jedoch - wenn auch nur für eine "logische Sekunde" - Zwischeneigentum.
3. Das Insichgeschäft: Der Mittler einigt sich mit sich selbst als Vertreter des Geschäftsherrn durch - erlaubtes - Selbstkontrahieren über den Eigentumsübergang und über die Schaffung eines Besitzmittlungsverhältnisses. Auch hier entsteht Durchgangseigentum des Mittlers.

Da nur die Theorien zu 2. und 3. einen Eigentumserwerb in der Person des Mittlers annehmen, wird das Problem nur bei Zugrundelegung einer dieser Konstruktionen praktisch: War der Veräußerer Nichtberechtigter, so stellt sich die Frage nach der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs durch den Mittler.

2.

Das wirtschaftliche Eigeninteresse des mittelbaren Stellvertreters

Wirtschaftliche oder personelle Identität zwischen dem erwerbenden mittelbaren Stellvertreter und seinem Veräußerer besteht normalerweise nicht (3);

-
- (1) Vgl. statt vieler Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Rdnrn. 44 ff.
 - (2) Die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstitutes ist heute aufgrund fester Gerichtspraxis anerkannt, vgl. RG in Gruchot, Bd. 47, S. 987 ff. .. BGHZ 21, 52.

es kommt also für die Frage, ob der Erwerb des Mittlers schützenswertes Verkehrsgeschäft ist, entscheidend auf dessen wirtschaftliches Eigeninteresse am Erwerb an.

a)

Fall 21: G beauftragt den M, für ihn als mittelbarer Stellvertreter von N ein Gemälde zu erwerben, das dieser von A geliehen hat. G und M sind bezüglich der Berechtigung des N gutgläubig.

Der Mittler will in diesen Fällen nicht für sich, sondern lediglich zu dem Zweck erwerben, das Eigentum auf seinen Geschäftsherrn weiter zu übertragen; er hat deshalb auch nicht, wie der materiell für sich Erwerbende, ein direktes Eigeninteresse am Erwerb.

Die Prüfung eines wirtschaftlichen Eigeninteresses erfordert aber eine Berücksichtigung sämtlicher, mit dem Erwerb zusammenhängender, möglicher Vermögensvorteile und -nachteile. Man darf deshalb die mit dem dinglichen Erwerb in engem Zusammenhang stehenden obligatorischen Beziehungen zwischen Mittler und Geschäftsherrn nicht außer Acht lassen.

Aufgrund des zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Mittler bestehenden obligatorischen Vertrages - meist wird es sich um Auftrag oder Dienstvertrag handeln - ist der Mittler verpflichtet, dem Geschäftsherrn das Eigentum an der betreffenden Sache zu verschaffen. Ausgehend von den hier problematischen Konstruktionen des antizipierten Besitzkonstitutes oder des Insihgeschäftes, kann der Mittler dieser seiner Verpflichtung nur dann nachkommen und dem Geschäftsherrn Eigentum verschaffen, wenn er selbst vorher Eigentümer geworden ist. Vergewärtigt man sich weiterhin, daß der Mittler nach den allgemeinen Regeln zum Schadensersatz verpflichtet ist (4), wenn er seine Verpflichtung dem Geschäftsherrn gegenüber nicht erfüllt, so läßt sich sein wirtschaftliches Eigeninteresse an seinem Erwerb im Hinblick auf diese mögliche Regreßpflicht nicht leugnen (5). Dieses indirekte Eigeninteresse des

-
- (3) Selbstverständlich sind auch Fälle der Identität denkbar; für sie gelten die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze.
 - (4) Wobei schon leichte Fahrlässigkeit des Mittlers genügt, vgl. etwa für den Auftrag Staudinger-Nipperdey, § 662 Rdnr. 46.
 - (5) In diesem Sinne bejaht auch v. Tuhr in GrünhutsZ, Bd. 25, S. 537, ein eigenes, indirektes Interesse des Mittlers am Erwerb. Er bezeichnet dieses Interesse als das "Haftungsinteresse" des Mittlers: Das Ausblei-

Mittlers erscheint gleichermaßen schutzwürdig wie das direkte Interesse des für sich Erwerbenden; denn ist der Mittler wegen Nichterfüllung seiner dem Geschäftsherrn gegenüber obliegenden Verpflichtung diesem zum Schadensersatz verpflichtet, so wird er gewöhnlich den Wert der Sache ersetzen müssen.

Der Eigentumserwerb des mittelbaren Stellvertreters ist damit schützenswertes Verkehrsgeschäft.

b)

Das wirtschaftliche Eigeninteresse des mittelbaren Stellvertreters gründet sich den vorstehenden Ausführungen zufolge auf eine mögliche Regreßpflicht des Mittlers gegenüber seinem Geschäftsherrn. Daraus folgt, daß man ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Mittlers dann verneinen muß, wenn er mit einer Schadensersatzpflicht nicht zu rechnen braucht.

Die vorstehenden Untersuchungen gingen davon aus, daß der Geschäftsherr hinsichtlich der Berechtigung des Veräußerers gutgläubig ist; in diesen Fällen hat der Mittler immer mit einer Regreßpflicht zu rechnen.

Es fragt sich aber, ob das gleiche auch dann gilt, wenn der Geschäftsherr um die Nichtberechtigung des Veräußerers weiß. Zur Veranschaulichung der Sachlage diene folgender

Fall 22: N hat von A ein wertvolles Buch geliehen und bietet es dem G, dem die Umstände bekannt sind, zum Kaufe an. G, vertraut mit den Vorschriften der §§ 932 ff BGB, beauftragt den gutgläubigen M, das Buch für ihn in mittelbarer Stellvertretung zu erwerben.

Kann man in diesen Fällen grundsätzlich die Möglichkeit eines Eigentumserwerbes durch den bösgläubigen Geschäftsherrn verneinen, so entfallen auch eine mögliche Regreßpflicht des Mittlers und damit dessen wirtschaftliches Eigeninteresse am Erwerb. Denn kann der Geschäftsherr ohnehin kein Eigentum erwerben, so ist ihm auch kein Schaden entstanden, wenn der Mittler seine Leistung nicht erbringt.

Ein Eigentumserwerb des schlechtgläubigen Geschäftsherrn ist in diesen Fällen grundsätzlich ausgeschlossen, wenn man § 166 Abs. II BGB entsprechend

ben der Leistung betreffe direkt das Vermögen des Geschäftsherrn, aber der Mittler hafte, soweit fahrlässig, dem Geschäftsherrn für dessen Schaden. Der Mittler habe daher an der Leistung seines Schuldners ein indirektes Interesse.

anwendet (6). Nach dieser Vorschrift kann sich ein bösgläubiger Geschäftsherr nicht auf die Gutgläubigkeit seines Vertreters berufen. Die Anwendbarkeit des für die direkte Stellvertretung geltenden § 166 Abs. II BGB auf die mittelbare Stellvertretung ist allerdings umstritten (7). Für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf das gesetzlich nicht geregelte Institut der mittelbaren Stellvertretung sprechen der Normzweck und die Gleichartigkeit der Interessenlage bei indirekter und direkter Stellvertretung: Hinter § 166 Abs. II BGB steht der Gedanke, daß im Falle der Weisungsgebundenheit des Vertreters der Vertretene, der die Nichtberechtigung des Veräußerers kennt, nicht durch Dazwischenschieben des gutgläubigen Vertreters dessen vorteilhaftere Stellung soll erlangen können. Diese vom Gesetzgeber für die direkte Stellvertretung angestellte Erwägung trifft gleichermaßen auch auf die mittelbare Stellvertretung zu. Hier wie dort nimmt ein Vertreter die Interessen eines anderen wahr. Die Tatsache, daß er einmal im eigenen, das andere Mal im fremden Namen auftritt, kann keinesfalls eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle begründen, wenn der Vertretene bösgläubig ist. Man muß vielmehr mit Schmidt-Rimpler (8) feststellen, daß "schlechthin kein Grund ersichtlich ist, aus dem der mittelbar Vertretene trotz seiner Kenntnis doch die günstige Lage des Gutgläubigen sollte einnehmen können".

- (6) Reichel, aaO., S. 257, begründet die Unmöglichkeit eines Eigentums-erwerbs des bösgläubigen Geschäftsherrn mit dem Satz: "Wer schlechtgläubig einen Gutgläubigen zum Erwerb veranlaßt hat, in der Absicht, demnächst von diesem zu erwerben, der kann aus dessen Gutgläubigkeit einen eigenen Erwerb kraft Rechtsnachfolge nicht herleiten." Die Geltung dieses Satzes stützt Reichel auf die Zulässigkeit der exceptio doli. Er übersieht hierbei jedoch, daß die exceptio doli nur eine Einrede darstellt, ein Hilfsmittel also, um einen bestehenden Anspruch zu Fall zu bringen. Damit wird aber nicht der Eigentumserwerb des Schlechtgläubigen verhindert, sondern es kann sich dieser allenfalls dem wahren Berechtigten gegenüber nicht auf sein Eigentum berufen.
- (7) Dafür: Müller-Erbach, aaO., S. 38; Schmidt-Rimpler, aaO., S. 612 ff; Hälbig, aaO., S. 47.
Dagegen die wohl h. M., vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 182 Fußnote 9; Staudinger-Going, § 166 Rdnr. 2; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, § 166 Rdnr. 4.
- (8) Vgl. aaO., S. 612.

Bejaht man somit eine analoge Anwendung des § 166 Abs. II BGB auf die mittelbare Stellvertretung, so hat dies, wie bereits dargelegt, zur Folge, daß der bösgläubige Geschäftsherr kein Eigentum erwerben kann. Der Mittler ist in diesem Fall Regreßansprüchen nicht ausgesetzt. Damit entfällt sein wirtschaftliches Interesse am eigenen Erwerb.

Der Erwerb des mittelbaren Stellvertreters ist folglich bei Bösgläubigkeit des Geschäftsherrn Nichtverkehrsgeschäft, ein gutgläubiger Erwerb des Mittlers ausgeschlossen.

III. Die sogenannte vorweggenommene Erbfolge (*successio anticipata*)

Fall 23: Bauer B ist eingetragener Nichteigentümer eines Hofgrundstückes, das sein ganzes Vermögen darstellt. B überträgt das Eigentum an dem Grundstück auf X, der sein (gesetzlicher oder gewillkürter) Alleinerbe ist.

1.

Charakterisierung der Tatbestände

Die Tatbestände der "*successio anticipata*" stellen sich dar als Übergabeverträge, durch die der Übergeber gewöhnlich einem seiner künftigen gesetzlichen Erben, mitunter auch allen gemeinschaftlich, oder auch einem nichtverwandten Dritten sein ganzes Vermögen oder auch nur einen Vermögensteil überträgt, ohne daß dieses Geschäft durch das Überleben des Übernehmers bedingt ist. Kennzeichen dieser Übergabeverträge ist, daß sie durch den Tod des Übergebers motiviert sind (1).

Typischer Fall dieser Tatbestandsgruppe ist der sogen. Hofübergabe- oder Gutsüberlassungsvertrag, durch den - so die Formulierung des Reichsgerichtes (2) - Eltern ihren (meist landwirtschaftlichen) Grundbesitz an einen ihrer Abkömmlinge übertragen und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen Abkömmlinge eine Abfindung ausbedingen.

Eine Sonderregelung dieser Hofübergabeverträge bildet für die ehemals

(1) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, § 58 I 1.

(2) Vgl. RGZ 118, 20; 123, 56.

britische Zone (3) die Höfe-Ordnung vom 24. April 1947 (4). § 17 dieses Gesetzes erweitert den vom Reichsgericht geprägten Begriff des Hofübergabevertrages dahin, daß nicht nur ein Abkömmling den Hof übernehmen kann, sondern darüber hinaus jeder, den der Übergeber nach Höferecht zum Hoferben bestimmen kann (5).

Die Problemlage ist bei allen diesen Übergabeverträgen dann gegeben, wenn der Übergeber Nichtberechtigter hinsichtlich des zu übergebenden Vermögensgegenstandes ist; es stellt sich dann die Frage nach der Schutzwürdigkeit des gutgläubigen Übernehmers.

2.

Die Auffassung des Reichsgerichts

Nachdem sich das Kammergericht zunächst für eine Anwendung der Gutgläubenvorschriften in diesen Fällen ausgesprochen hatte (6), versagte das Reichsgericht (7) dem Hofübernehmer den Schutz des § 892 BGB dann, "wenn der dingliche Rechtserwerb in Ausführung eines Gutsüberlassungsvertrags erfolge, der sich sowohl nach der tatsächlichen Gestaltung als auch nach dem Willen der Beteiligten als Vorwegnahme der Erbfolge darstelle". Zur Begründung zieht der Senat den Normzweck des § 892 BGB heran:

Der neu hinzutretende Erwerber, der dem Gegenstand des Rechtsgeschäftes bisher ferngestanden habe und daher auf die Richtigkeit des Grundbuches angewiesen sei, solle geschützt werden. Wie ein solcher Vertrauensschutz da nicht für rechters erachtet worden sei (8), wo zwar juristischer Eigentums-

-
- (3) Die heutigen Bundesländer Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Für Bremen gilt die HöfeO nicht.
 - (4) In der Fassung der Verordnung Nr. 172 der britischen Militärregierung vom 20. Juli 1948.
 - (5) Nach § 7 HöfeO kann der Hofeigentümer den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen frei bestimmen, bedarf allerdings der Zustimmung des Gerichtes, wenn er sämtliche Abkömmlinge übergehen will.
 - (6) Vgl. KG, Entscheidung v. 25.5.1927 in JurRdsch 1927, Nr. 1576; im Hinblick auf RGZ 123, 52 hat das KG diesen Standpunkt allerdings später wieder aufgegeben, vgl. KG in HRR 1931, 1756.
 - (7) Entscheidung des V. ZS vom 15.12.1928 in RGZ 123, 52 ff = JW 1929, 734 (mit zustimmender Anmerkung von Reinhard).
 - (8) Der Senat verweist auf die Entscheidung RGZ 119, 126.

wechsel stattgefunden habe, das Grundstück in Wahrheit aber in den Händen derselben natürlichen Personen geblieben sei, so bestehe eine Veranlassung für Vertrauensschutz auch in den Fällen nicht, in denen Kinder von Vater und Mutter das Familiengut, dessen rechtliche und tatsächliche Beziehungen ihnen mutmaßlich wohl bekannt, zumindest leicht erforschbar seien, in einer Weise erwerben, die die spätere Erbfolge vorwegnehme. Wäre es zum Erbgang gekommen, so wäre bei der dann eintretenden Gesamtrechtsnachfolge eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches ausgeschlossen.

Dieser Ansicht des Reichsgerichts, die heute allgemeine Meinung ist (9), wird man im Ergebnis grundsätzlich zustimmen können (10). Bedenken ergeben sich jedoch hinsichtlich der Begründung.

3.

Kritik und Lösung nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der Gutgläubensschutzvorschriften

Das Reichsgericht verknüpft in seiner Begründung zwei Gesichtspunkte, die verschiedene Voraussetzungen des § 892 BGB betreffen: Der Übernehmer erscheint dem Senat deshalb nicht schutzwürdig,

1. weil ihm "die rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen des Familiengutes mutmaßlich wohl bekannt, zumindest leicht erforschbar" seien (11), und
2. weil er in einer Weise erwerbe, die die spätere Erbfolge vorwegnehme (12).

Die Argumentation zu 1. betrifft, indem eine Bösgläubigkeit des Erwerbers

(9) Vgl. RGZ 136, 148 ff (150); Bartholomeyczik, Erbrecht, § 58 I 1; Wolff-Raiser, § 45 Fußnote 17; Westermann, § 85 III 1 b; Staudinger-Seufert, § 892 Rdnr. 24 a; Soergel-Siebert-Baur, § 892 Rdnr. 19 a.E.; v. Mangoldt, aaO., S. 90 ff; Fritsch, S. 305 Note 44; Lutter, aaO., S. 160; Gummel, DNotZ 1929, S. 464 ff; a.A. Heinsheimer, aaO., S. 179/180.

(10) Mit der Erweiterung allerdings, daß diese Grundsätze nicht nur für Abkömmlinge des Übergebers gelten, sondern auch für nichtverwandte, gewillkürte Erben.

(11) Vgl. RGZ 123, 52 ff (57); ebenso v. Mangoldt, aaO., S. 92

(12) Vgl. RG, aaO.

vermutet wird, die Erwerbsperson. Die Begründung zu 2. stellt auf die Erwerbsart ab und betrifft damit die Voraussetzung des rechtsgeschäftlichen Erwerbes in § 892 BGB.

Hierbei ist die Argumentation zu 1. verfehlt; denn sie stellt auf die personelle Nähe zwischen Veräußerer und Erwerber ab. Bereits oben (13) aber wurde die Ansicht als unzutreffend zurückgewiesen, wonach sich der Ausschluß eines Erwerbers vom Schutze des § 892 BGB infolge eines vermuteten Kennen oder Kennenmüssen der Unrichtigkeit des Grundbuches seitens des Erwerbers ergebe.

Wenn man aber, wie dies das Reichsgericht mit der Begründung zu 1. tut, auf die Person des Erwerbers abstellt, so kann nur derjenige Erwerber vom Schutz des § 892 BGB ausgeschlossen werden, der mit dem Veräußerer rechtlich oder wirtschaftlich identisch ist oder kein eigenes Interesse am Erwerb hat. Von rechtlicher oder wirtschaftlicher Identität zwischen Veräußerer und Erwerber kann aber in den Fällen der Übergabeverträge keine Rede sein. Ebenso wird der Übernehmer regelmäßig ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Erwerb haben.

Der Ausschluß der Schutzvorschriften läßt sich in diesen Fällen lediglich mit der Erwerbsart begründen:

Nach Wortlaut und Zwecksetzung des § 892 BGB soll nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt werden. Der Erwerb kraft Erbfolge ist nicht schützenswerter gesetzlicher Erwerb.

Nun erwirbt zwar der Übernehmer, dem vor Eintritt des Erbfalls der "Nachlaßgegenstand" übergeben wird, durch Rechtsgeschäft. Ist der Übernehmer aber gesetzlicher oder gewillkürter Erbe des Übergebers, und wird durch die Übergabe des Vermögens oder Vermögensteiles lediglich die erbrechtliche Sukzession vorweggenommen - etwa weil der Übergeber nicht mehr wirtschaftsfähig oder wirtschaftswillig ist - so muß die rechtsgeschäftliche Übergabe so behandelt werden, als sei die Erbfolge eingetreten (14). Der Übernehmer, der nicht geschützt worden wäre, wenn er erst mit dem Erbfall er-

(13) Vgl. oben, S.13 ff.

(14) Für diese Behandlung spricht auch die Regelung des § 17 Abs.II HöfeO; nach dieser Vorschrift gilt mit der Übergabe des Hofes an einen hoferbenberechtigten Abkömmling zugunsten der anderen Abkömmlinge der Erbfall als mit dem Zeitpunkt der Übergabe eingetreten.

worben hätte, kann nicht lediglich deswegen als schutzwürdig angesehen werden, weil ihm der "Erblasser" den betreffenden "Nachlaßgegenstand" aus wirtschaftlichen oder persönlichen Gründen bereits zu Lebzeiten übergibt. Denn der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Erwerbende erbringt genauso wenig im Vertrauen auf die Berechtigung seines Veräußerers ein Opfer, wie der gesetzliche Erwerber, der aus diesem Grunde nicht geschützt wird. Der Übernehmer nimmt insofern - wie auch im Falle seines gesetzlichen Erwerbes, nicht am Verkehr teil. Seine wirtschaftliche Lage unterscheidet sich in nichts von derjenigen, in der er sich bei Eintritt der Erbfolge befunden haben würde. Es handelt sich damit um keinen Tatbestand, der die Enteignung des wahren Berechtigten rechtfertigen könnte.

Diese von der rechtspolitischen Zwecksetzung der Gutgläubensschutzvorschrift geforderte Gleichstellung des Erwerbes des Übernehmers mit dem gesetzlichen Erwerb in der Erbfolge hat zur Folge, daß dem Erwerber, der einen Vermögensgegenstand oder ein ganzes Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übernimmt, der Schutz der Gutgläubensschutzvorschriften nicht zugute kommt: diese Tatbestände sind Nichtverkehrsgeschäfte.

Es bleibt allerdings zu betonen, daß noch nicht jede von Eltern auf ihre Kinder oder nichtverwandte, gewillkürte Erben vorgenommene Übertragung eines Vermögensgegenstandes ein Fall der *successio anticipata* und als solcher Nichtverkehrsgeschäft ist. Der Schutz der Gutgläubensvorschriften ist vielmehr in diesen Fällen nur dann zu versagen, wenn sich das Geschäft seiner Gesamtgestaltung nach, vor allem unter Berücksichtigung des Parteiwillens, eindeutig als Vorwegnahme der Erbfolge darstellt (15).

Im Falle der Übergabe von Grundstücken, die der Höfe-Ordnung unterfallen, an den Hoferben wird es sich regelmäßig um eine nicht schutzwürdige *successio anticipata* handeln.

In den übrigen Fällen kommt es auf die Einzelfallgestaltung an. Überträgt allerdings der "Erblasser" sein ganzes oder doch so gut wie sein ganzes Vermögen auf den oder die "Erben", so hat ein solches Rechtsgeschäft immer erbfolgeähnlichen Charakter und man wird auch diese Fälle regelmäßig vom Schutz der Gutgläubensvorschriften ausnehmen müssen (16).

(15) So auch RGZ 123, 52 ff (57) und 136, 148 (150).

(16) Lutter, aaO., S.161 Fußnote 137, und Seufert in Staudinger-Seufert, § 892, Fußnote zu Rdnr. 24a, wollen nur bei solcher Sachlage eine nicht schutzwürdige vorweggenommene Erbfolge annehmen.

2. Teil

NICHTVERKEHRSGESCHÄFTE, DIE SICH ALS "ZWEIAKTIGE" ODER RÜCKERWERBSGESCHÄFTE DARSTELLEN

A. Analyse der Rückerwerbstatbestände und Darlegung der Problemsituation

I. Zur Charakterisierung der Rückerwerbstatbestände mögen zunächst einige typische Beispielfälle dienen:

- Fall 24: N, Erbe des X, veräußert ein im Nachlaß vorgefundenes Gemälde, das dem A gehört, an den gutgläubigen Z. Da das Gemälde mit Sachmängeln behaftet ist, die den Parteien unbekannt waren, wandelt Z und übereignet das Gemälde an N zurück (1).
- Fall 25: N hat vom unerkennbar Geisteskranken A dessen Grundstück aufgelassen erhalten und ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Demnächst veräußert N das Grundstück an den gutgläubigen Z, der seinerseits im Grundbuch eingetragen wird. Bald darauf reut den N der Verkauf, und gegen einen Aufschlag erwirbt er das Grundstück von Z zurück.
- Fall 26: N, Erbe des X, hat eine im Nachlaß des X vorgefundene Goethe-Ausgabe, deren Eigentümer A ist, im guten Glauben an seine Berechtigung an Z, dem die Umstände bekannt waren, verkauft und übereignet. Aufgrund vorbehaltenen und ausgeübten Rücktrittsrechtes erwirbt N die Goethe-Ausgabe von Z zurück.
- Fall 27: Wie Fall 18 (Verwaltungstreuhand) (2). N kehrt von seiner jahrelangen Reise zurück. Er erhält das Grundstück von Z wieder aufgelassen und wird im Grundbuch eingetragen.
- Fall 28: Wie Fall 19 (Sicherungstreuhand) (3). Nachdem N seinen Gläubiger Z befriedigt hat, läßt dieser das Grundstück an N auf; N wird im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Diese Beispielfälle verdeutlichen, daß das Rückerwerbsproblem bei unterschiedlichster Sachlage praktisch wird. Die Grundsituation des Problems ist

-
- (1) Es bedeuten im folgenden: A = Altberechtigter, N = Nichtberechtigter, Z = Zwischenerwerber.
- (2) Vgl. oben S.46 f. (3) Vgl. oben S.49.

dadurch gekennzeichnet, daß jemand einen Gegenstand zurückerwirbt, über den er vorher als Nichtberechtigter verfügt hat. Zwei Verfügungen bilden also den "zweiaktigen" Rückerwerbstatbestand: die Verfügung des Nichtberechtigten (das Zwischenerwerbsgeschäft) und die darauf folgende Rückverfügung des Zwischenerwerbers an den Nichtberechtigten (das Rückerwerbsgeschäft im engeren Sinne).

II. Die Verfügung des Nichtberechtigten

Hinsichtlich der Verfügung des Nichtberechtigten ergeben sich zwei Möglichkeiten, die sich jeweils unterschiedlich auf das Rückerwerbsgeschäft im engeren Sinne auswirken:

1. Die Verfügung des Nichtberechtigten war wirksam.
2. Die Verfügung des Nichtberechtigten war unwirksam.

1.

Die Problemlage bei Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten

Sind die Voraussetzungen der Gutgläubensschutzvorschrift erfüllt, so ist die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam, d.h., der gutgläubige Zwischenerwerber wird Berechtigter. Das hat zur Folge, daß der Nichtberechtigte im Falle seines Rückerwerbs nach § 929 BGB (925) vom Berechtigten erwirbt, so daß es auf seine Gut- oder Schlechtgläubigkeit nicht ankommt. Die Anwendung der Gutgläubensschutzvorschrift führt somit nur mittelbar, da in der Person des Zwischenerwerbers eingreifend, zu einem Rechtsverlust des Altberechtigten zugunsten des Nichtberechtigten.

2.

Die Problemlage bei Unwirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten

Sind die Voraussetzungen der Gutgläubensschutzvorschrift nicht erfüllt, war etwa der Zwischenerwerber nicht in gutem Glauben, so ist die Verfügung des Nichtberechtigten unwirksam; der Zwischenerwerber ist gleichfalls Nichtberechtigter. Der nichtberechtigte Veräußerer kann damit nur nach den Gutgläubensschutzvorschriften zurückerwerben. In diesen Fällen führt die Anwendung der Schutzvorschriften unmittelbar zu einem Rechtsverlust des Altberechtigten zugunsten des Nichtberechtigten.

Es ergibt sich damit, abhängig von der Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten, eine doppelte Problemstellung:

1. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom berechtigten Zwischenerwerber.
2. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom nichtberechtigten Zwischenerwerber.

III. Die Rückverfügung des Zwischenerwerbers an den Nichtberechtigten

Die Gründe für die Rückverfügung des Z an N lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

1. Rückerwerbsgründe, die in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem Zwischenerwerbsgeschäft stehen, und
2. Rückerwerbsgründe, die in keinem derartigen Zusammenhang mit der Zwischenverfügung stehen.

1.

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Rückverfügung und Zwischenerwerbsgeschäft besteht etwa in folgenden Fällen:

- (a) Bei Rückerwerb aufgrund Wandlung (Beispielfall 24).
- (b) Bei Rückerwerb infolge gesetzlich oder vertraglich begründeten und ausgeübten Rücktrittsrechtes (Fall 26).
- (c) Bei Rückerwerb aufgrund eines Bereicherungsanspruches des Nichtberechtigten.
- (d) Bei Rückerwerb aufgrund einer Anfechtung nach §§ 29 ff KO, §§ 1 ff AnfG.
- (e) Bei Rückerwerb aufgrund fiduziarischer Vereinbarung (Fälle 27 und 28).

2.

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den beiden Verfügungen besteht dann nicht, wenn der Rückerwerb aufgrund eines neuen, selbständigen Kausalgeschäftes (Fall 25) oder aufgrund eines gesetzlichen Erwerbstatbestandes (z.B. Erbfolge) erfolgt.

B. LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN IN EINZELFÄLLEN

Die vorstehende Betrachtung der Rückerwerbssituation hat gezeigt, daß auch hier eine wortgetreue Anwendung der Gutgläubensschutzvorschriften zu einem interessenwidrigen und unbilligen Ergebnis führt: Der Nichtberechtigte wird dadurch zum Berechtigten, daß er den von ihm veräußerten fremden Gegenstand von seinem Erwerber zurückerwirbt.

Es gilt deshalb, auch für diese Fälle die interessengemäße Lösung zu finden, die darin besteht, dem Altberechtigten im Rückerwerbsfall sein Recht wieder zu verschaffen (1) oder zu erhalten (2).

I. Lösungsmöglichkeiten durch Auslegung des Rückerwerbsgeschäftes im engeren Sinn

Eine Auslegung des Rückerwerbsgeschäftes durch Ermittlung des Parteiwillens kann im Einzelfall ergeben, daß der Altberechtigte sein Recht behält oder wieder erwirbt.

1.

Der Nichtberechtigte als offener Stellvertreter des Altberechtigten

Daß ein Rechtserwerb durch offene Stellvertretung grundsätzlich möglich ist, ist unbestritten. Voraussetzungen für einen Rechtserwerb des A durch N als offenen Stellvertreter sind:

1. Wille des Zwischenerwerbers und entsprechende Erklärung, an N als Vertreter des A zu übereignen,
2. Wille und entsprechende Erklärung des N, als Vertreter des A für diesen Eigentum zu erwerben,
3. Vertretungsmacht des N oder Genehmigung des A nach § 177 BGB, und
4. Besitzdiener- oder Besitzmittlerschaft des N.

Es ist durchaus denkbar, daß diese Voraussetzungen in einem konkreten Rückerwerbsfall einmal erfüllt sind.

(1) So beim Rückerwerb des N vom berechtigten Z.

(2) So beim Rückerwerb des N vom nichtberechtigten Z.

2.

Der Nichtberechtigte als mittelbarer Stellvertreter des Altberechtigten

Wegen der Möglichkeit des Eigentumserwerbes durch mittelbaren Stellvertreter kann auf die obenstehenden (1) Ausführungen verwiesen werden. Hervorzuheben ist allerdings auch hier, daß der Nichtberechtigte den Willen haben muß, für den Altberechtigten zu erwerben. Wegen dieses Erfordernisses wird die Möglichkeit einer Auslegung des Rückerwerbsgeschäftes dahingehend, daß N als offener oder verdeckter Stellvertreter des A gehandelt hat, selten gegeben sein. Praktisch kommen nur diejenigen Fälle in Betracht, in denen sich der Nichtberechtigte später mit dem Altberechtigten einigt, für diesen zu erwerben. Die allermeisten, die "pathologischen Fälle" der Problemlage aber sind gerade dadurch gekennzeichnet, daß der Nichtberechtigte für sich erwerben will.

3.

Der Lösungsvorschlag von Biller

Neuerdings hat Biller (2) den Versuch gemacht, in den Fällen, in denen N und Z keine Kenntnis von der Nichtberechtigung des N haben, die Erklärungen der beiden Parteien über § 157 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung umzudeuten: Es soll das Rückverfügungsgeschäft nach Treu und Glauben so ausgelegt werden, als ob die Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses den Willen gehabt hätten, A unmittelbar zu berechtigen. Das schafft für A die Möglichkeit, über § 177 BGB das Recht unmittelbar zu erwerben.

Biller (3) begründet dieses Ergebnis damit, daß § 157 BGB neben der Klarstellung eines unklaren Wortlautes auch die Ermittlung eines hypothetischen Parteiwilligen bezwecke.

Eine derartige Zwecksetzung liegt dem § 157 BGB sicherlich zugrunde. Biller übersieht jedoch, daß eine ergänzende Vertragsauslegung nur da Platz greifen kann, wo eine Lücke hinsichtlich des Wortlautes der Erklärungen oder des dahinterstehenden Willens vorliegt (4). So geht der eindeutig er-

(1) Vgl. oben S.49 f.

(2) Vgl. aaO., S.41 ff.

(3) Vgl. aaO., S.41 ff; so auch schon Ewald, aaO., S.245.

(4) Vgl. Staudinger-Coing, § 133 Rdnr.37; RGZ 87, 213.

klärte Wille in jedem Falle einem hypothetischen Willen vor. Die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB darf deshalb niemals zu einer Änderung des Vertragsgegenstandes führen (5).

Der eindeutig erklärte Wille von N und Z geht aber in den zur Erörterung stehenden Fällen gerade dahin, daß N für sich erwerben und Z auch an ihn übereignen will. Es liegt also eine Lücke im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien in Wahrheit gar nicht vor, so daß auch für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Platz ist (6).

Der Vorschlag von Biller bringt also auch für diejenigen Einzelfälle, in denen N und Z keine Kenntnis von der Nichtberechtigung des N haben, keine Lösung.

II. Lösungsmöglichkeiten aufgrund der zwischen den Beteiligten bestehenden obligatorischen Beziehungen

Hat der Nichtberechtigte rechtsgrundlos verfügt oder ist die causa später - durch wirksame Anfechtung oder Rücktritt etwa - beseitigt worden und hat der Nichtberechtigte aus diesem Grund einen Rückforderungsanspruch gegen den Zwischenerwerber, so ergibt sich für den Altberechtigten die Möglichkeit, "seine" Sache durch Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen wieder zu erlangen.

Vorab ist allerdings zu betonen, daß diese Ansprüche keine allzu große praktische Bedeutung haben; denn sie versagen auf jeden Fall dann, wenn der Bereicherungsschuldner in Konkurs fällt oder die Sache durch einen Einzelgläubiger gepfändet wird.

1.

Die Rechtslage vor Rückübertragung an den Nichtberechtigten (1)

Daß der gutgläubige Erwerber Z das Erlangte herausgeben muß, wenn er rechtsgrundlos erworben hat oder der Rechtsgrund später beseitigt worden ist, unterliegt keinem Zweifel. Fraglich und umstritten ist jedoch, wem der

(5) Vgl. RGZ 87, 213; 129, 88.

(6) So auch Krapp, aaO., S.14 ff; Nüßgens, aaO., S.36 Fußnote 160.

(1) Hier wird freilich nur der Fall problematisch, in dem Z gutgläubig Eigentum erworben hat; denn war er bösgläubig, so bleibt der Altberechtigte bis zum Rückerwerb durch den gutgläubigen Nichtberechtigten Eigentümer.

Bereichungsanspruch (2) in diesen Fällen zusteht: dem verfügenden Nichtberechtigten oder dem Altberechtigten direkt gegen den Zwischenerwerber.

Beide Auffassungen werden in der Literatur vertreten. Doppel- und Einheitskondiktionslehre stehen sich etwa mit gleicher Anhängerzahl gegenüber. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hatte bisher, soweit ersichtlich, noch keine Gelegenheit, zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen (3).

a)

Nach der sogen. Doppelkondiktionslehre (4) ergibt sich folgende Lösung des Problems:

Bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten steht diesem nach § 812 Abs.I Satz 1 oder 2 BGB die Kondiktion gegen den Erwerber zu, da dieser auf Kosten des Nichtberechtigten bereichert ist. Der endgültige Ausgleich gegenüber dem Altberechtigten erfolgt in der Weise, daß der Altberechtigte seinerseits nach § 816 Abs.I BGB vom Nichtberechtigten Abtretung dessen Bereichungsanspruches gegen den Zwischenerwerber verlangen kann: also eine Kondiktion der Kondiktion. Fraglich erscheint allerdings, ob der Altberechtigte auf diesem Wege tatsächlich das Eigentum an "seiner" Sache wiedererlangen kann. Denn der Anspruch des Nichtberechtigten aus § 812 Abs.I Satz 1 oder 2 BGB gegen den Zwischenerwerber setzt eine Berei-

- (2) Daß der Rückforderungsanspruch infolge Rücktritts oder Wandlung nur dem Nichtberechtigten zusteht, ist wohl unbestritten. Denn dieser Rückforderungsanspruch ist in der Eigenschaft des N als Vertragspartei begründet. Der Altberechtigte kann in diesen Fällen nach §§ 816 Abs.I/818 Abs.I BGB gegen den Nichtberechtigten vorgehen, vgl. hierzu Nüßgens, aaO., S.118 ff. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob N bereits zurückerworben hat oder Z noch Eigentümer ist; denn es surrogiert dann entweder der Rückforderungsanspruch oder die Sache selbst.
- (3) So läßt es der BGH im Urteil vom 12.Juli 1962 (BGHZ 37, 363 ff, 368) dahinstehen, welcher Theorie der Vorzug zu geben ist.
- (4) Vertreter vor allem: v.Caemmerer, aaO., S.145 ff; Larenz, Schuldrecht, Bd.II, § 62 II c 3; Staudinger-Seufert, § 816 Rdnr. 8 b a ff; Soergel-Siebert-Mühl, § 816 Rdnr.17; Haymann, aaO., S.253 ff; vgl. wegen der verschiedenen Spielarten der Doppelkondiktionslehre die Übersichten bei Krawielicki, aaO., S.284 ff und Boehmer, Grundlagen, S.14 ff, der eine vermittelnde Meinung vertritt.

cherung auf Kosten des Verfügenden voraus. Auf Kosten des verfügenden Nichtberechtigten hat aber der Zwischenerwerber nur den Besitz an der Sache erlangt, nur um den Besitz ist der Nichtberechtigte entreichert. Der Altberechtigte könnte demnach vom Nichtberechtigten lediglich Abtretung dessen Besitz kondiktionsanspruches verlangen. Zu seinem Eigentum käme der Altberechtigte auf diesem Wege nicht.

Diesem Mangel der Doppelkondiktionslehre versuchen ihre Anhänger mit Konstruktionen abzuhelpfen, deren "Künstlichkeit teilweise das Absurde streift" (5). So kommt man durch unmittelbare (6) oder entsprechende (7) Anwendung des § 818 Abs.I BGB doch zu einer Eigentumskondiktion des Nichtberechtigten: Man nimmt an, daß das beim Erwerber infolge Anwendung der §§ 929, 932 BGB entstehende Eigentum ein Surrogat des Besitzes sei, den der Nichtberechtigte ihm übertragen hat und deswegen nach § 818 Abs.I BGB herauszugeben sei.

Mag eine solche Konstruktion für den Eigentumserwerb infolge Ersitzung zutreffen (8), beim Eigentumserwerb nach § 932 BGB kommt sie nicht zum Zuge. Beim Erwerb durch Ersitzung ist der Besitz des Erwerbers Voraussetzung für den Erwerb; der Erwerb ist damit Folge eines zeitlich andauernden Besitzes. Der Erwerb nach § 932 BGB hingegen ist eine Folge des Rechtsgeschäfts der Übereignung, für die der Besitz nicht Vorbedingung ist; der Erwerber wird vielmehr zugleich mit der Besitzerlangung Eigentümer. Damit kann von einer Surrogation im Sinne des § 818 Abs.I BGB im Falle des Eigentumserwerbs nach den Gutglaubensschutzvorschriften keine Rede sein (9).

Aber auch dem Gesetzeszweck des § 818 Abs.I BGB widerspricht eine Anwendung dieser Vorschrift auf den Bereicherungsanspruch des Nichtberechtigten: Die Erstreckung des Bereicherungsanspruches auch auf die Surrogate läßt sich nur mit der Erwägung rechtfertigen, daß der Kondiktionsgläubiger selbst ohne den zu seiner Entreichering führenden Vorgang alles das, was der Bereicherte aufgrund des erlangten Rechtes erworben hat, erlangt hätte oder doch hätte erlangen können. Damit aber ergibt sich gleichzeitig eine Begrenzung der Surrogation: Nur das, was der Entreicherte tatsächlich hätte erlangen kön-

(5) So treffend Boehmer, Grundlagen, S.16.

(6) So - allerdings zweifelnd - Oertmann in Recht 1915, Sp.511,515.

(7) So etwa Stoevesandt, aaO., S.20; Nüßgens, aaO., S.117.

(8) Vgl. hierzu Oertmann in Recht 1910, Sp.593; Krawielicki, aaO., S.288 ff.

(9) Vgl. Boehmer, Grundlagen, S.16; Krawielicki, aaO., S.259.

nen, ist unter dem "aufgrund des erlangten Rechtes Erworbenen" im Sinne des § 818 Abs. I BGB zu verstehen (10).

Der Zwischenerwerber hat - geht man einmal von der vorab als verfehlt zurückgewiesenen Konstruktion der Doppelkondiktionslehre aus - aufgrund des vom Nichtberechtigten erlangten Besitzrechtes Eigentum erworben. Dieses Eigentum aber hätte der Nichtberechtigte selbst aufgrund seines Besitzrechtes und ohne den Rückerwerb niemals erlangen können; denn der Nichtberechtigte selbst kann die Sache, die er in Besitz hat, nicht gutgläubig erwerben. Auch unter diesem Gesichtspunkt also ist eine Anwendung des § 818 Abs. I BGB auf den Bereicherungsanspruch des Nichtberechtigten abzulehnen.

Mit einer "Doppelkondition" kann sich somit der Altberechtigte der hier vertretenen Auffassung zufolge lediglich den Besitz, nicht aber das Eigentum an seiner Sache wieder verschaffen.

b)

Zu einem Eigentumsrückerwerb käme der Altberechtigte jedoch bei Anwendung der Einheitskondiktionslehre (11).

Nach dieser Theorie hat der Altberechtigte - und nur dieser - einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den gutgläubigen Zwischenerwerber; Dieser ist nicht auf Kosten des leistenden Nichtberechtigten, sondern auf Kosten des Altberechtigten in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund (12) bereichert (§ 812 Abs. I Satz 1 BGB) (13).

Verschiedentlich wird auch § 816 Abs. I Satz 2 BGB mit der Begründung herangezogen, ein causaloser Erwerb dürfe nicht besser geschützt werden als ein unentgeltlicher (14). Diese Argumentation trifft aber wegen der unterschiedlichen Interessenlage in den Fällen des unentgeltlichen und des causalosen Erwerbes nicht zu; denn Unentgeltlichkeit verlangt eine freigiebige

(10) So auch Krawielicki, aaO., S. 295; Boehmer, Grundlagen, S. 17.

(11) Vertreter u. a.: v. Tuhr, Allgemeiner Teil, 2. Bd., 2. Hälfte, § 74 II; Oertmann in Recht 1915, Sp. 510 ff; Boehmer, Grundlagen, S. 25 (der allerdings eine vermittelnde Meinung vertritt); Krawielicki, aaO., S. 284 ff (310); Erman-Seiler, § 816 Anm. 3.

(12) Ein Fall der Eingriffskondiktion also.

(13) So vor allem Krawielicki, aaO., S. 310 ff.

(14) So etwa Oertmann in Recht 1915, Sp. 510 ff (512).

Absicht - ein Motiv, das den Leistungen der Parteien eines unwirksamen Kaufvertrages etwa sicherlich nicht zugrunde liegt.

Der Begründung des Einheitskondiktionsanspruches mit § 812 Abs. I Satz 1 BGB hingegen stehen keine ernsthaften Bedenken entgegen (15).

Der Altberechtigte kann also nach § 812 Abs. I Satz 1 BGB sein Eigentum vom gutgläubigen Erwerber kondizieren (16). Dieses Ergebnis beeinträchtigt nun keinesfalls die Wirkung der Vorschriften über den Gutgläubenschutz. Denn daß der rechtsgrundlos Erwerbende das Erlangte auf jeden Fall herausgeben muß, wurde bereits betont. Fraglich ist eben nur, wer Herausgabe verlangen kann. Materiellrechtlich ist aber nur der Altberechtigte legitimiert, da das Recht, um das der Erwerber bereichert ist, vor der Verfügung des Nichtberechtigten seinem Vermögen angehört (17).

2.

Die Rechtslage nach Rückübertragung an den Nichtberechtigten

Die vorstehenden Ausführungen gingen davon aus, daß der gutgläubige Erwerber den Gegenstand noch nicht an den Nichtberechtigten zurückübereignet hat. Eine andere Situation ergibt sich nun für den Altberechtigten, wenn die Rückübereignung erfolgt ist.

In diesem Fall hat der Zwischenerwerber die Möglichkeit, gegen den Nichtberechtigten nach § 812 Abs. I Satz 1 BGB vorzugehen, denn er hat dem Nichtberechtigten ohne Rechtsgrund Eigentum übertragen; Rechtsgrund für diese Leistung sollte nach den Vorstellungen der Parteien der Kondiktionsanspruch des Nichtberechtigten gegen den Zwischenerwerber sein (18). Dieser Kondiktionsanspruch war jedoch nur auf Besitzübertragung gerichtet, der Zwischenerwerber dementsprechend auch nur zur Besitzübertragung verpflichtet. Die trotzdem vorgenommene Übereignung erfolgte somit mangels einer entsprechenden Leistungspflicht des Zwischenerwerbers ohne Rechtsgrund.

(15) Vgl. die überzeugenden Ausführungen bei Krawielicki, aaO., S. 310 ff.

(16) Die Tatsache, daß die Einheitskondiktionslehre in den zur Erörterung stehenden Fällen zu einem brauchbareren Ergebnis führt als die Doppelkondiktionstheorie, spricht dafür, sie der Doppelkondiktionstheorie vorzu-

(17) So auch Boehmer, Grundlagen, S. 27. /ziehen.

(18) Die causa ist also hier der gesetzlich bestehende Anspruch des Leistungsempfängers, vgl. hierzu H.P. Westermann, aaO., S. 209 ff (214).

Kann nun zwar der Altberechtigte die Sache selbst nicht mehr vom Zwischen-
erwerber kondizieren, so kann er sich wenigstens nach §§ 812 Abs.I Satz 1 /
818 Abs.II BGB dessen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Nichtberechtig-
ten im Wege des Wertersatzes abtreten lassen (19) und dann vom Nichtbe-
rechtigten sein Eigentum kondizieren (20).

III. Lösungsmöglichkeiten in Sonderfällen aufgrund spezieller gesetzlicher Bestimmungen

In einzelnen Fällen ergibt sich der interessengemäß zu fordernde Rückerwerb
des Altberechtigten aufgrund besonderer Bestimmungen. Diese Fälle haben
Stoevesandt (1) und Nüßgens (2) in ihren umfassenden Untersuchungen zum

- (19) So auch von Mayr, aaO., S.601: Der zu ersetzende Wert im Sinne des
§ 818 BGB ist nicht nur der Geldwert des Gegenstandes, sondern jeder "Zu-
wachs, den ein bestimmtes Vermögen durch irgendeinen Erwerb erfahren
hat, sofern dieser Erwerb ... sei es auch nur in Form eines Bereicherungs-
anspruches wegen Leistung einer Nichtschuld durch Hingabe des Erlangten,
im Vermögen (des Ersatzpflichtigen) vorhanden ist". A.A. Planck-Landois,
§ 818 Anm.3b; nach Seufert, vgl.Staudinger-Seufert, § 818 Rdnr.14,
braucht sich der Kläger in diesen Fällen nicht damit abfinden zu lassen,
daß ihm der Anspruch gegen den Dritten abgetreten wird. Vorliegend
wird es jedoch gerade den Interessen des Altberechtigten entsprechen,
wenn er den Kondiktionsanspruch des Zwischenerwerbers gegen den Nicht-
berechtigten abgetreten erhält und sich nicht auf Geldwertersatz verwei-
sen zu lassen braucht; denn nur so hat er die Möglichkeit, "seine" Sache
tatsächlich wieder zu erlangen.
- (20) Ein direktes Vorgehen des Altberechtigten gegen den Nichtberechtigten
nach §§ 816 Abs.I, 818 Abs.I BGB nach Rückerwerb des Nichtberechtig-
ten scheitert der hier vertretenen Auffassung zufolge daran, daß der
Nichtberechtigte keinen Eigentumsherausgabeanspruch gegen den Zwischen-
erwerber hat; demzufolge kann das vom Nichtberechtigten trotzdem er-
langte Eigentum nicht nach § 818 Abs.I BGB als das "durch das erlangte
Recht Erworbene" surrogieren: Der Nichtberechtigte hat eben ein Recht
auf Übereignung nicht erlangt.
- Ein solcher Anspruch aus §§ 816 Abs.I, 818 Abs.I BGB steht dem Altbe-
rechtigten gegen den Nichtberechtigten allerdings dann zu, wenn man
der Doppelkondiktionslehre folgt (vgl. die Darstellung bei Nüßgens, aaO.,
S.118 ff), da diese eine Eigentumskondition des Nichtberechtigten bejaht.

Rückerwerbsproblem eingehend behandelt und jeweils zutreffende Lösungen gefunden. Da den Erörterungen von Stoevesandt und Nüßgens nicht Wesentliches hinzuzufügen ist, seien diese verschiedenen Fälle nur jeweils kurz in Situation und Lösungsmöglichkeit skizziert. Lediglich das Sonderproblem des Rückerwerbs eines Wechsels bedarf - da von den genannten Schriftstellern nicht oder nicht genügend berücksichtigt - einer eingehenderen Behandlung.

1.

Der Rückerwerb eines gutgläubig erworbenen Forderungsrechtes

a)

Folgende Fälle kommen hierbei in Betracht:

1. Der Rückerwerb einer Scheinforderung (§ 405 BGB)
2. Der Rückerwerb einer unabtretbaren Forderung (§§ 399/405 BGB)
3. Der Rückerwerb von Grundpfandrechten
4. Der Rückerwerb von Forderungsrechten aus Inhaber- und Orderpapieren

Eine gänzlich andere Situation gegenüber dem Eigentumsrückerwerb ergibt sich in diesen Fällen des Rückerwerbs einer gutgläubig gewordenen Forderung aufgrund der Rechtsnatur des Forderungsrechtes: Das Forderungsrecht ist relatives Recht, dem im Gegensatz zum absoluten Eigentumsrecht ein Verpflichteter immanent ist. Aufgrund dieser relativen Natur der Forderungsrechte läßt sich das Problem des Forderungsrückerwerbs ohne weiteres lösen:

Beim Eigentumsrückerwerb besteht die Schädigung des Betroffenen darin, daß er - entweder bereits durch den Erwerb des gutgläubigen Zwischenerwerbers (3) oder aber durch den Rückerwerb des Nichtberechtigten (4) - sein Eigentumsrecht verliert; es tritt also auf der Aktivseite seines Vermögens ein Minus ein.

Im Falle des Rückerwerbs einer gutgläubig erworbenen Forderung hingegen wird dem Betroffenen ein Schaden dadurch zugefügt, daß infolge des gut-

(1) Vgl. aaO., S.54 ff.

(2) Vgl. aaO., S.48 ff.

(3) So im Falle der Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten.

(4) So bei Unwirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten.

gläubigen Forderungserwerbes eine Verpflichtung in seiner Person begründet wird; es stellt sich hier ein Plus auf der Passivseite seines Vermögens ein.

Hieraus ergibt sich die unterschiedliche Problemstellung in beiden Fällen: Die Aufgabe beim Eigentumsrückerwerb besteht darin, dem Altberechtigten sein Recht wieder zu verschaffen (5) oder zu verhindern, daß er es durch den Rückerwerb des Nichtberechtigten endgültig verliert; im Falle des Forderungsrückerwerbs hingegen liegt das Problem darin, zu verhindern, daß der Nichtberechtigte den Betroffenen aus der Forderung in Anspruch nehmen kann.

Wegen des absoluten Charakters des Eigentumsrechtes läßt sich eine Schädigung des Altberechtigten im Falle des Eigentumsrückerwerbs nur dadurch vermeiden, daß man einen Erwerb des Rechtes durch den Nichtberechtigten verhindert.

Beim Forderungsrückerwerb ist die Verhinderung des Rechtserwerbes durch den Nichtberechtigten nicht die einzige Möglichkeit, den Betroffenen vor einem Vermögensschaden zu bewahren; denn infolge der relativen Natur der Forderungsrechte hat der Betroffene die Möglichkeit, eine Schädigung durch Erheben von Einwänden zu vermeiden. Es ist daher in diesen Fällen von untergeordneter Bedeutung, ob man einen Rückerwerb der Forderung durch den Nichtberechtigten und damit dessen Gläubigerschaft bejaht oder ablehnt (6): Jedenfalls kann der Betroffene durch Geltendmachung von Gegenrechten ein wirksames Vorgehen des Nichtberechtigten aus der Forderung verhindern (7).

Damit können die Fälle des Forderungsrückerwerbes grundsätzlich als gelöst angesehen werden.

b)

Es bleibt zu prüfen, ob diese Möglichkeit, Einwände zu erheben, auch im Sonderfall des Rückerwerbs eines Wechsels durch einen nichtberechtigten Indossanten, dem Wechselschuldner genügend Schutz bietet, wenn er vom Nichtberechtigten in Anspruch genommen wird (8).

(5) Wenn der Zwischenerwerber bereits gutgläubig Eigentum erworben hat.

(6) So nimmt Nüßgens, aaO., S.57, grundsätzlich einen Rückerwerb des Forderungsrechtes durch den Nichtberechtigten an; es soll hierbei die Art des Rückerwerbes ohne Bedeutung sein.

Stoevesandt, aaO., S.52, verneint einen Forderungsrückerwerb in allen Fällen.

(7) Das betont auch Nüßgens, aaO., S.57.

aa)

Ein Wechselinhaber ist dann Nichtberechtigter, wenn er nicht Gläubiger der Wechselforderung ist. Entweder besteht dann eine Verpflichtung des Wechselschuldners überhaupt nicht oder aber ein Dritter ist Gläubiger. Da beim Wechsel das Eigentum am Papier und das im Papier verbriefte Recht notwendigerweise denselben Personen zustehen (9), ist der Nichtberechtigte auch Nichteigentümer der Urkunde.

Die Nichtberechtigung eines Wechselinhabers kann auf folgenden Gründen beruhen:

1. Dem Wechselerwerb des Nichtberechtigten liegt überhaupt kein Begebungsvertrag (10) zugrunde, und er hat auch nicht gutgläubig erworben. Es sind

-
- (8) Krapp, aaO., S.133 ff (136), verneint hier überhaupt ein Schutzbedürfnis des Wechselschuldners. Seiner Auffassung nach haben im Falle des Wechselruckerwerbes grundsätzlich die Interessen der Verkehrssicherheit den Vorrang; der Schuldner erscheint ihm, auch dem Nichtberechtigten gegenüber, nicht schutzwürdig; Der durch die Rechtsscheintatbestände entstandene Rechtsverlust sei nicht mehr reparabel. Krapp erkennt jedoch, daß hier ein Rechtsverlust des Schuldners überhaupt nicht eintritt, sondern daß eben nur zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers eine Verpflichtung fingiert wird. Der dem Schuldner infolge dieser Fiktion entstandene Schaden ist im Verhältnis zum ruckerwerbenden Nichtberechtigten sehr wohl zu beheben: Zugunsten des Nichtberechtigten gilt die Fiktion nicht. Im übrigen ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, den Schuldner, der eine Verpflichtung überhaupt nicht eingegangen ist, zugunsten eines Verkehrsschutzes zu schädigen, den der Nichtberechtigte überhaupt nicht verdient.
 - (9) Bei der Übertragung einer Wechselforderung durch bürgerlich-rechtliche Abtretung erwirbt der neue Wechselgläubiger das Eigentum am Papier nach § 952 BGB (vgl. Baumbach-Hefermehl, Art.11 Rdnr.5, Stranz, Art.11 Anm.10; a.A. Wolff-Raiser, § 65 III 2), so daß auch in diesen Fällen Gläubiger- und Eigentümerstellung zusammenfallen.
 - (10) Auf die Notwendigkeit eines wechselrechtlichen Begebungsvertrages zur Begründung einer Wechselverpflichtung (Ausnahme: gutgläubiger Erwerb) braucht nicht eingegangen zu werden; vgl. hierzu Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdnr. 23 ff.

dies die Fälle, in denen der Wechsel dem Schuldner oder dem wahren Gläubiger irgendwie abhanden gekommen (11) ist. Der vom Nichtberechtigten in Anspruch genommene Schuldner kann in diesen Fällen den Einwand des mangelnden Begebungsvertrages erheben. Dieser Einwand ist zwar ein dinglicher Einwand; er schlägt jedoch einem Erwerber gegenüber, der an den Bestand eines schuldrechtlichen Begebungsvertrages ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, nicht durch, da der Schuldner durch die Unterzeichnung des Wechsels den Rechtsschein gültiger Verpflichtung veranlaßt hat (12).

2. Der Nichtberechtigte hat den Wechsel zwar aufgrund eines Begebungsvertrages erworben, der Vertrag war jedoch unwirksam. Diese Unwirksamkeit kann etwa beruhen auf Geschäftsunfähigkeit des Schuldners, auf Fälschung, vis absoluta u.ä. In allen diesen Fällen kann der Schuldner der Geltendmachung der Wechselforderung durch den Nichtberechtigten dadurch wirksam entgegen treten, daß er einen dinglich wirkenden Einwand geltend macht (13). Diese Einwände gelten teilweise gegen jeden Erwerber - so der Einwand der Geschäftsunfähigkeit -, teilweise greifen sie aus Rechtsscheingesichtspunkten gegenüber einem gutgläubigen Nachmann des Nichtberechtigten nicht durch - so etwa bei wirksamer Anfechtung des Begebungsvertrages (14).
3. Die Gläubigerstellung des Nichtberechtigten ist dadurch weggefallen, daß der Schuldner die Wechselschuld getilgt hat. Diese Fälle werden allerdings nur dann problematisch, wenn der Nichtberechtigte die Urkunde trotz Art. 39 WG noch in Händen und so die Möglichkeit der Weiterindossierung hat. Nimmt der Nichtberechtigte den Schuldner nach Tilgung nochmals in Anspruch, so steht diesem ein dinglich wirkender Einwand zur Seite (15), der allerdings ebenfalls aus Rechtsscheingründen einem gutgläubigen Nachmann des Nichtberechtigten gegenüber nicht durchschlägt.

(11) Vgl. wegen des "irgendwie abhanden gekommen" Baumbach-Hefermehl, Art.16 Rdnr.9; Henrichs, aaO., S.114 ff.

(12) Vgl. zur Rechtsscheinhaftung im Wechselrecht Baumbach-Hefermehl, Art.17 Rdnr.21; Henrichs, aaO., S.67 ff, 111 ff.

(13) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Art.17 Rdnr.17 ff.

(14) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Art.17 Rdnr.22.

(15) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Art.17 Rdnr.30; a.A. Stranz, Art.17 Anm.64 a, c.

bb)

Erwirbt nun der Nichtberechtigte den Wechsel von einem seiner gutgläubigen Nachmänner zurück - sei es in Rücklauf, sei es durch Indossierung -, so würde er durch Erwerb vom Berechtigten Eigentümer der Wechseirunde und damit Gläubiger der durch sie verbrieften Forderungen. Geht der ursprünglich Nichtberechtigte jetzt gegen den Schuldner vor, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Schuldner wenigstens die gegen jedermann wirkenden, absoluten Einwände geltend machen kann. Fraglich ist lediglich, ob dem Schuldner auch diejenigen dinglichen Einwände zur Seite stehen, die dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht zum Zuge kommen und deswegen inzwischen "untergegangen" sind.

Der Ausschluß der dinglichen Einwände einem gutgläubigen Erwerber gegenüber erfolgt aus Verkehrsschutzgründen (16): Wollte man alle dinglichen Einwände gegenüber jedem späteren Nehmer durchgreifen lassen, würde der Wechsel seine Umlauffähigkeit einbüßen. Schutzobjekt ist der gutgläubige Erwerber, der auf den vom Schuldner veranlaßten Rechtsschein wirksamer Wechselverpflichtung vertraut; zu seinen Gunsten wird eine Wechselforderung fingiert. Die Interessen des Schuldners müssen denjenigen des Erwerbers und damit dem Verkehrsschutzinteresse weichen.

Der Ausschluß bestimmter dinglicher Einwände einem gutgläubigen Wechsel-erwerber gegenüber ist folglich das Ergebnis einer Interessenabwägung. Diese Interessenabwägung muß jedoch dann anders ausfallen, wenn der Nichtberechtigte selbst den Wechsel zurückerwirbt: Der Nichtberechtigte erscheint nicht schutzwürdig, er verdient grundsätzlich keine Besserstellung gegenüber der Position, die er vor Weiterindossierung hatte (17). Die Interessen des Schuldners treten wieder in den Vordergrund. Der Nichtberechtigte muß nach seiner ursprünglichen Stellung im Wechselverband beurteilt werden. Das bedeutet,

-
- (16) Er ergibt sich nicht etwa aus Art. 17 WG. vgl. Baumbach-Hefermehl, Art. 17 Rdnr. 14; Henrichs, aaO., S. 67 ff, 95 ff.
- (17) Es sind allerdings Ausnahmen denkbar: Aussteller A hat den Wechsel an den Bezogenen B zum Akzept gesandt. Diesem wird der Wechsel gestohlen. Da zwischen A und B noch kein Begebungsvertrag zustande gekommen ist, ist A im Verhältnis zu B Nichtberechtigter. Erwirbt nun A den Wechsel im Rücklauf zurück, so kann B mit dem Einwand des mangelnden Begebungsvertrages nicht durchdringen. Der Nichtberechtigte A erscheint ausnahmsweise schutzwürdig. Vgl. hierzu den ähnlichen Fall und die näheren Ausführungen von Henrichs in JuS 1964, S. 486 ff.

daß der Schuldner nach Rückerwerb des Nichtberechtigten diesem gegenüber die gleichen Einwände erheben kann, die ihm auch vor der Weiterindossierung des Nichtberechtigten gegen diesen zustanden.

Dieses aufgrund einer Interessenbewertung gewonnene Ergebnis entspricht der herrschenden Lehre (18). Schwierigkeiten bereitet allerdings die dogmatische Konstruktion dieses "Wiederauflebens" der Einwände bei Rückerwerb des Nichtberechtigten; denn die Tatsache, daß der Nichtberechtigte vom berechtigten Vormann erwirbt, deutet auf den Erwerb einer einredefreien Forderung hin. Fraglich ist aber, ob der Rückerwerber überhaupt das Recht seines Vormannes erwirbt. Dies hängt von der Rechtsnatur des Übertragungsaktes einer Wechselforderung ab (19). Eine Auseinandersetzung mit den einzelnen hierzu vertretenen Theorien kann im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben, da sie durchweg das Wiederaufleben der Einwände bei Rückerwerb des Wechsels durch einen Indossanten bejahen (20). Lediglich die beiden Haupttheorien seien kurz dargestellt:

aaa)

Nach der Offertentheorie (21) wird durch die Indossierung nicht der Indossatar anstelle des Indossanten berechtigt. Diese Theorie geht vielmehr von der Annahme aus, daß das Wechselrecht in der Hand des jeweiligen Gläubigers zurückbleibt und nur das Papier zirkuliert. Der Indossatar erwirbt danach nicht die Rechte des Indossanten, sondern erlangt aufgrund der Garantieverprechen der Wechselzeichner eigene Rechte gemäß der Wechselurkunde. Der Wechsel verbrieft nach dieser Auffassung also nicht nur eine Forderung, sondern so viele Forderungen, als Gläubiger im Wechselverband stehen. Die Indossierung begründet folglich eine neue Forderung in der Hand des Indossatars. Der Indossant bleibt Gläubiger "seiner" Forderung, kann aber sein Recht nicht ausüben, solange er das Papier nicht in Händen hat.

Damit erhält das vorab aufgrund einer Interessenabwägung gewonnene Ergebnis eine einfache konstruktive Begründung: Bleibt der Indossant Gläubiger sei-

(18) Vgl. statt vieler Baumbach-Hefermehl, Art. 14 Rdnr. 4; Stranz, Art. 14 Anm. 9.

(19) Vgl. zu diesem Problem vor allem Pflug, Der rücklaufende Wechsel.

(20) Dies findet seine Begründung in der Tatsache, daß diese Theorien gerade zur Erklärung des Einwandausschlusses geschaffen wurden, vgl. Henrichs, aaO., S. 95 Fußnote 5.

(21) Vgl. vor allem Baumbach-Hefermehl, Art. 14 Rdnr. 4.

ner Forderung, so bleiben dem Schuldner auch die ihm gegen diese Forderung zustehenden Einwände erhalten. Wird nun der Nichtberechtigte durch Rückerwerb Eigentümer der Urkunde und macht er dem Schuldner gegenüber sein Recht geltend, so kann dieser seine Schädigung dadurch vermeiden, daß er die ihm vor der Weiterindossierung zustehenden dinglichen Einwände geltend macht.

bbb)

Nach der wohl herrschenden Bedingungstheorie (22) ist in der Indossierung zwar eine Übertragung des Rechtes des Indossanten zu sehen, der Indossatar erwirbt jedoch die Wechselforderung unter der auflösenden Bedingung seiner Wiedereinlösung des Wechsels. Der Indossant behält damit ein aufschiebend bedingtes Recht zurück. Erwirbt er den Wechsel wieder, so tritt die Bedingung ein: Der Indossatar verliert sein Recht, das aufschiebend bedingte Recht der Indossanten wird wieder zum Vollrecht.

Auch anhand dieser Theorie läßt sich das gewonnene Ergebnis leicht konstruieren: Die Wechselforderung, die trotz der Indossierung beim Indossanten als aufschiebend bedingte zurückblieb, war einredebehaftet und blieb es. Der vom rückerwerbenden Nichtberechtigten in Anspruch genommene Schuldner kann also auch hiernach die gleichen Einwände geltend machen, die ihm vor der Weiterindossierung durch den Nichtberechtigten gegen dessen Forderung zustanden.

cc)

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Wechselschuldner der Geltendmachung der Forderung durch den rückerwerbenden Nichtberechtigten dadurch in jedem Falle wirksam entgegentreten kann, daß er dingliche Einwände geltend macht. Der Schuldner ist damit genügend geschützt. Das Problem des Wechselrückerwerbs kann als gelöst angesehen werden, ohne daß es eines Angriffes auf die dingliche Position des rückerwerbenden Nichtberechtigten bedarf.

(22) Vgl. statt vieler Stranz, Art.14 Anm.9; siehe zur Kritik dieser Theorie Pflug, aaO., S.67 ff.

2.

Der Rückerwerb des Erbschaftsbesitzers

Erwirbt der nichtberechtigte Erbschaftsbesitzer N einen Gegenstand der Erbmasse, den er an Z veräußert hat, etwa aufgrund von Wandlung zurück, so ergibt sich die Lösung - der Rückerwerb des wahren Berechtigten - anhand des in § 2019 BGB niedergelegten Grundsatzes der Surrogation (23).

Der dem Erbschaftsbesitzer N in diesen Fällen jeweils zustehende Rückforderungsanspruch gegen Z ist "durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft" erworben und surrogiert nach § 2019 Abs. I BGB. Erfolgt die Rückübertragung des Gegenstandes von Z an N, so surrogiert der Gegenstand selbst nach § 2019 Abs. I BGB; denn "Mittel der Erbschaft" ist jetzt der Rückforderungsanspruch, das "Erworbene" der Gegenstand. Der Altberechtigte wird damit ohne weiteres Eigentümer.

3.

Der Rückerwerb nach fiduziarischer Veräußerung

Die Verfügung des Fiduzianten an den Fiduziar, das Zwischenerwerbsgeschäft also innerhalb des zweiaktigen Treuhandtatbestandes, wurde bereits oben (24) behandelt. Es wurde festgestellt, daß der Erwerb des Verwaltungsfiduziars Nichtverkehrsgeschäft und deshalb ein gutgläubiger Erwerb vom nichtberechtigten Fiduzianten ausgeschlossen ist. Der Sicherungsfiduziar hingegen erschien schutzwürdig: Er hat im Gegensatz zum Verwaltungsfiduziar ein wirtschaftliches Eigeninteresse am Erwerb. Dies hat für den Rückerwerb des Fiduzianten zur Folge, daß er - je nachdem, ob es sich um Sicherungs- oder Verwaltungsfiduzia handelt - vom berechtigten oder nichtberechtigten Fiduziar zurückerwirbt. In beiden Fällen würde der nichtberechtigte Fiduziant infolge wortgetreuer Anwendung der Gutgläubensschutzvorschriften - entweder mittelbar beim Zwischenerwerbsgeschäft oder unmittelbar beim Rückerwerbsgeschäft eingreifend - zum Berechtigten.

Nüßgens (25) und Stoevesandt (26) wollen dem solchermaßen entrechteten Altberechtigten in diesen Fällen damit helfen, daß sie ihm im Konkurs des

(23) Vgl. Nüßgens, aaO., S. 70 ff; Stoevesandt, aaO., S. 57 ff.

(24) Vgl. oben S. 46 ff.

(25) Vgl. aaO., S. 81 ff (104).

(26) Vgl. aaO., S. 60 ff.

Nichtberechtigten ein Aussonderungs- und Widerspruchsrecht zubilligen. Die Begründung stützt sich auf zwei Erwägungen:

1. Im Normalfall stehe dem berechtigten Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars ein Aussonderungs- und Widerspruchsrecht zu (27). Demzufolge könne auch der vom nichtberechtigten Fiduzianten erwerbende Fiduziar nur ein solchermaßen "geschwächtes" Recht erlangen; interessenmäßig und dogmatisch sei kein Grund ersichtlich, der in diesem Fall abweichend vom Normalfall zur Bejahung eines Vollrechtserwerbes durch den Fiduziar führen könne (28). Das auch in diesem Fall bestehende Aussonderungs- und Widerspruchsrecht soll allerdings nicht dem nichtberechtigten Fiduzianten, sondern dem wahren Berechtigten zustehen. Denn diese Rechte könnten, wenn man sie als Ausfluß eines dem Treuhänder nicht übertragenen, quasidinglichen "Restrechtes" des wahren Berechtigten ansehe, nur diesem zustehen (29).
2. Der nichtberechtigte Treugeber könne nur das Recht zuerück erwerben, das sein Fiduziar innehatte (30). Stand dem Fiduziar also nur ein mit einem Aussonderungs- und Widerspruchsrecht des Altberechtigten belastetes Eigentum zu, so kann auch der nichtberechtigte Fiduziant nur ein diesem Anspruch ausgesetztes Eigentum zurückerwerben (30a).

(27) Das ist h.L., vgl. statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 771 Anm. II 1 a.

(28) So Nüßgens, aaO., S.101.

(29) Vgl. Stoevesandt, aaO., S.65; in der Begründung ähnlich Ewald, aaO., S.260 ff; Hälbig, aaO., S.18 ff.

(30) So auch Ewald, aaO., S.265: Treuhändereigentum gebe zwar seinem Träger die Befugnis, über das Aussonderungsrecht des Altberechtigten zu verfügen und konkursrechtlich sich bewährendes Eigentum, Volleigentum zu verschaffen; dies aber nur gegenüber einem Weitererwerber. Der Rückerwerber erlange ein minderwertiges Eigentum, das konkursrechtlich versage. Dies gelte auch für den berechtigten Rückerwerber; sei doch das dem inhaltlichen Minus des Treuhändereigentums gegenüberstehende Restrecht stets bei dem Berechtigten geblieben. Volleigentum erwerbe der Berechtigte daher dadurch, daß das Rechtrecht mit dem Treuhändereigentum verschmelze. Dieser Argumentation folgt Stoevesandt, aaO., S.65; ähnlich Nüßgens, aaO., S.101.

(30a) Auch über die Gutgläubensschutzvorschriften kann der nichtberechtigte Rückerwerber kein Vollrecht erwerben. Denn der Wille beider Parteien geht im Falle der Rückveräußerung des Treugutes eben nur auf Rücküber-

Abgesehen von der Problematik der systematischen Konstruktion eines solchen "Restrechtes" (31) läßt sich gegen diese Lösung nichts vorbringen. Ihr Vorteil liegt vor allem darin, daß sie dem Altberechtigten bei der praktischen Zuspitzung des Problems, in den Fällen also, in denen der nichtberechtigte Fiduziant in Konkurs fällt oder die Sache durch Einzelgläubigerzugriff gepfändet wird, einen ausreichenden Schutz bietet.

Die optimale Lösung bestünde allerdings auch hier in einem vollen Eigentums-
erwerb des Altberechtigten (32).

4.

Der Rückerwerb aufgrund der §§ 29 ff KO, §§ 1 ff AnfG

Die Problemlage ist etwa bei folgender Sachlage gegeben:

Fall 29: N veräußert eine Sache des A wirksam an den gutgläubigen Z. N fällt bald darauf in Konkurs. Der Konkursverwalter ficht die Veräußerung des N an Z nach §§ 29 ff KO an.

tragung der dem Fiduziar verschafften Rechtsposition und nicht auf Veräußerung schlechthin. Neben diesem rechtsgeschäftlichen Willen bleibt für die Gutgläubensvorschriften kein Raum. Vgl. auch Hälbig, aaO., S.18/19.

- (31) Letztlich bedeutet eine derartige Konstruktion die Schaffung eines verminderten Vollrechtes und damit unter Durchbrechung des *numerus clausus* der Sachenrechte die Anerkennung eines neuen dinglichen Rechtes, vgl. auch Siebert, aaO., S.172.
- (32) Einen solchen Eigentumsrückerwerb des Altberechtigten begründet Kiehl, aaO., S.787 ff für die Sicherungsfiduzia aus der Natur der fiduziarischen Übertragung: Der wirtschaftliche Zweck der Sicherungsübereignung sei der einer Pfandrechtsbestellung. Trotz der vollgültigen Eigentumsübertragung sei wegen Gleichheit der Interessenlage in der Rückübertragung des Treugutes wie auch bei der Pfandrechtsaufhebung keine Rechtsübertragung, sondern nur eine Rechtsaufhebung zu sehen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß im Falle der Sicherungsfiduzia tatsächlich Eigentum übertragen wurde, das dann auch zurückübertragen wird. Hieran kann auch der wirtschaftliche Zweck der Fiduzia nichts ändern. Vgl. gegen Kiehl auch Ewald, aaO., S.256 ff; Stoevesandt, aaO., S.65; Nüßgens, aaO., S.98 Note 458; Hälbig, aaO., S.19.

In diesen Fällen lehnt Nüßgens (33) einen Rückerwerb des Altberechtigten ab. Zur Begründung verweist er auf die besondere Wirkung der konkursrechtlichen Anfechtung und die inhaltliche Gestaltung des daraus entstehenden Rückgewährungsanspruches: Nach § 37 KO sei nicht immer das Objekt der angefochtenen Rechtshandlung herauszugeben; entscheidend sei vielmehr, "was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist" (34). Das "Weggegebene" im Sinne des § 37 KO sei in den zur Erörterung stehenden Fällen der durch die Veräußerung der Sache entstandene Ersatzanspruch des A (35), die Gläubigerbenachteiligung liege hier also in einer Erhöhung der Passivmasse.

Da der Zweck der konkursrechtlichen Anfechtungsvorschriften darin bestehe, eine Schmälerung der Dividende der Konkursgläubiger zu beseitigen, so sei der Rückgewährungsanspruch in den genannten Fällen auf "Liberierung der Konkursmasse von der Verpflichtung der dem Altberechtigten zukommenden Konkursdividende" gerichtet (36).

Der Konkursverwalter kann also von Z entweder Zahlung der Mehrdividende an den Altberechtigten oder an die Konkursmasse verlangen (37).

Da somit der Rückgewährungsanspruch nicht auf Rückübereignung der von N veräußerten Sache geht, scheidet auch ein Eigentumsrückerwerb des Altberechtigten aus.

C. ALLGEMEINE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN

I. Die Notwendigkeit einer allgemeinen Lösung

Daß das Rückerwerbsproblem grundsätzlich einer Lösung bedarf, wurde dargelegt: Es erscheint unbillig, daß der Nichtberechtigte durch den Rückerwerb des von ihm veräußerten Gegenstandes zum Berechtigten wird.

Die interessengemäß zu fordernde Lösung besteht darin, den Altberechtigten unmittelbar mit dem Rückerwerb des Nichtberechtigten Eigentum erwerben zu lassen oder ihm sein Eigentum zu erhalten. Denn die ihm bei einem Eigen-

(33) Vgl. aaO., S.104 ff.

(34) So der Wortlaut des § 37 KO.

(35) Vgl. in diesem Sinne auch RGZ 36, 161 ff (164).

(36) So auch RGZ 36, 167.

(37) Vgl. Nüßgens, aaO., S.104 ff (113).

tumserwerb des Nichtberechtigten gegen diesen zustehenden Rechtsverschaffungsansprüche gewähren keinen ausreichenden Schutz: Es entfällt die Möglichkeit, auf die Rechtsbehelfe der §§ 771 ZPO und 43 KO zurückzugreifen, wenn der Nichtberechtigte in Konkurs fällt oder die Sache durch einen Einzelgläubiger gepfändet wird; denn diese Vorschriften setzen einen dinglichen Herausgabeanspruch voraus.

Die Darstellung der Einzellösungen hat gezeigt, daß nur für einzelne, besonders gelagerte Fallgruppen ein befriedigendes Ergebnis aufgrund spezieller gesetzlicher Bestimmungen erzielt werden kann; teilweise ergab sich die Lösung aufgrund der obligatorischen Beziehungen (1). Da diese Lösungsmöglichkeiten jedoch den Hauptfall der Problemlage, den Eigentumsrückerwerb nach §§ 929 oder 932 BGB (925/873 oder 892 BGB) nicht erfassen, gilt es, eine allgemeine, sachenrechtliche Lösung des Problems zu finden.

II. Der Lösungsvorschlag von Ewald

1.

Darstellung der Lösung Ewalds

Einen umfassenden Versuch, den Rückerwerb des Altberechtigten zu begründen, hat Ewald (1a) unternommen (2). Nachdem er zunächst Einzelfälle untersucht, schlägt er eine "nun wirklich allgemeine Lösung aller Problemfälle" vor (3):

Die wirksame Veräußerung des Nichtberechtigten sei durch die Rückveräußerung an ihn kraft gesetzlicher Notwendigkeit auflösend bedingt. Mit dem Eintritt dieser Rechtsbedingung falle das Recht von selbst an den Altberechtigten zurück (4).

Ewalds Argumentation besteht aus zwei Punkten:

-
- (1) So im Falle des Rückerwerbs gutgläubig erworbener Forderungsrechte, vgl. oben S. 70 ff.
 - (1a) Vgl. Ewald, aaO., S. 233 ff.
 - (2) Vgl. wegen der älteren Theorien zum Rückerwerb die Darstellung bei Nüßgens, aaO., S. 11 ff und Biller, aaO., S. 17, 28 ff, 38 ff, 54 und die ablehnenden Stellungnahmen dort.
 - (3) Vgl. aaO., S. 282 ff.
 - (4) Vgl. aaO., S. 299 und 315 ff.

1. Er geht davon aus, daß der Nichtberechtigte erwerbsunfähig sei und deshalb vom Zwischenerwerber kein Eigentum zurückerwerben könne. Die Erwerbsunfähigkeit des Nichtberechtigten könne bedingt sein
 - (a) subjektiv durch dessen Arglist, und
 - (b) objektiv durch die mangelnde Rückveräußerungsbefugnis des Zwischenerwerbers, die "per reflexum" die Erwerbsunfähigkeit des Nichtberechtigten begründe (5). Die Rückveräußerungsbefugnis fehle dem Zwischenerwerber in den Fällen, in denen er nach §§ 932/892/2366 BGB vom Nichtberechtigten erwerbe. Denn diese Vorschriften griffen nur im Interesse des Erwerbers ein; soweit ein solches Interesse fehle, bleibe die Verfügung unwirksam. Ein Interesse an seiner Rückveräußerungsbefugnis habe der Zwischenerwerber dann nicht, wenn er keinem Rückübereignungsanspruch des Nichtberechtigten ausgesetzt sei (6). Einen Rückübereignungsanspruch des Nichtberechtigten wiederum leugnet Ewald in den Fällen, in denen die Rückveräußerung in rechtlichem Zusammenhang mit dem Zwischenerwerbsgeschäft steht, wie dies etwa bei Wandlung oder Rücktritt der Fall ist. Denn hier habe der Zwischenerwerber lediglich den früheren Zustand wieder herzustellen, dem Nichtberechtigten also im Falle des Erwerbs beweglicher Sachen etwa nur den Besitz zu verschaffen (7).

Z erwirbt folglich nach Ewalds Auffassung in diesen Fällen mangels eines dahingehenden Interesses das Eigentum ohne die Rückveräußerungsbefugnis. Per reflexum begründet dann die mangelnde Rückveräußerungsbefugnis des Z die Erwerbsunfähigkeit des N.

2. Da nun der Nichtberechtigte infolge seiner Erwerbsunfähigkeit durch die Rückübertragung nicht Eigentum erwerben kann, schließt Ewald weiter (8), daß der Altberechtigte durch den Rückerwerb des Nichtberechtigten automatisch Eigentümer werde:

Die wirksame Veräußerung des Nichtberechtigten sei durch die Rückveräußerung an ihn auflösend bedingt; mit dem Eintritt dieser Rechtsbedingung falle das Recht von selbst an den Altberechtigten zurück (9). Zur Begründung verweist Ewald auf § 137 BGB: Nach dieser Vorschrift könne

-
- (5) Vgl. aaO., S.282 ff (290).
 - (6) Vgl. Ewald, aaO., S.287 ff.
 - (7) Vgl. Ewald, aaO., S.288.
 - (8) Vgl. aaO., S.293.
 - (9) Vgl. aaO., S.290 ff.

die Veräußerungsbefugnis durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Ratio dieser Vorschrift sei es, zu verhindern, daß jemand gezwungen werde, ein Recht gegen seinen Willen zu behalten. Daher sei es zulässig, einer Rechtsübertragung eine Bedingung des Inhalts hinzuzufügen, daß das übertragene Recht im Falle einer von der erwerbenden Partei vorgenommenen Weiterveräußerung an die übertragende Partei zurückfallen solle (10).

Sei nun die Verfügungsbefugnis durch Gesetz beschränkt - wie dies nach Ewalds Auffassung hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Zwischenenerwerbers der Fall ist (11) - und solle eine andere Person geschützt werden, deren Recht erworben wurde (der Altberechtigte), so könne das Gesetz für den Fall der Weiterveräußerung den Rückfall des Rechtes an die zu schützende Person anordnen. Diese Anordnung habe im Zweifel zu gelten, da sie am ehesten dem Prinzip des § 137 BGB entspreche (12): Denn andernfalls müßte der Zwischenenerwerber das Recht gezwungenermaßen behalten, da ja der veräußernde Nichtberechtigte nicht rückerwerbsfähig ist.

2.

Kritik der Lösung Ewalds

Der Lösungsversuch von Ewald muß in zweifacher Hinsicht als nicht geglückt angesehen werden:

1. Die von Ewald vorgenommene Aufteilung des Eigentumsrechtes in Weiterveräußerungsbefugnis und Rückveräußerungsbefugnis und die damit verknüpfte Schaffung eines Rechtes "Eigentum minus Rückveräußerungsbefugnis" ist hinsichtlich des Typenzwanges der Sachenrechte systematisch nicht haltbar. Im übrigen bleibt Ewald den Beweis schuldig, woraus sich bei einer Verneinung eines Interesses des Zwischenenerwerbers am Erwerb (13) die Versagung der Rückveräußerungsbefugnis ergibt; denn wenn

-
- (10) Vgl. Ewald, aaO., S.293: Der Eintritt dieser Resolutivbedingung zwingt die veräußernde Partei nicht, das Recht zu behalten.
 - (11) Der Zwischenenerwerber hat nach Ewalds Ansicht keine Rückveräußerungsbefugnis, vgl. die vorstehende Darstellung.
 - (12) Vgl. Ewald, aaO., S.294.
 - (13) Ein Interesse des Zwischenenerwerbers muß überhaupt entgegen Ewalds Auffassung bejaht werden, denn nach h.M., vgl. statt vieler Palandt-

man auch eine Verpflichtung zur Rückveräußerung verneint, so ist damit noch nichts für die Befugnis hierzu gesagt (14).

2. Des weiteren hat Ewald nicht nachgewiesen, daß dem Altberechtigten das Eigentum tatsächlich kraft Gesetzes wieder zufällt. Er hat lediglich aufgezeigt, daß die Möglichkeit einer Resolutivbedingung besteht und daß diese Regelung dem § 137 BGB nicht entgegenstünde. Den Nachweis aber, daß der Gesetzgeber eine solche Regelung de lege lata getroffen hat, hat Ewald nicht erbracht.

Der Lösungsversuch von Ewald vermag aus diesen Gründen nicht zu überzeugen (15).

III. Lösungsvorschlag aufgrund einer Restriktion der Gutgläubensschutzvorschriften (Einordnung der Rückerwerbstatbestände in die Systematik der Nichtverkehrsgeschäfte)

Angesichts des Lösungsversuches von Ewald stellt sich die Frage, ob sich eine Lösung des Rückerwerbsproblems nicht auch ohne derartige Konstruktionen, die keinen Anhalt im Gesetz finden, bereits durch eine ihrer ratio entsprechende Einschränkung der Gutgläubensschutzvorschriften ergibt.

1.

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom nichtberechtigten Zwischenerwerber

Es wurde bei Schilderung der Problemsituation bereits festgestellt, daß der Nichtberechtigte dann vom nichtberechtigten Zwischenerwerber zurückerwirbt, wenn die Verfügung an diesen unwirksam war; in diesem Fall erwirbt der Nichtberechtigte unmittelbar aufgrund der Gutgläubensschutzvorschrift: Bei wortgetreuer Anwendung dieser Regelung wird der Nichtberechtigte zum Berechtigten.

Es erscheint jedoch auch hier eine Einschränkung der Gutgläubensschutzvorschriften ihrer rechtspolitischen Zwecksetzung entsprechend dahingehend ge-

Gramm, § 467 Anm.3 für die Wandlung, ist er in diesen Fällen zur Rücküberweisung verpflichtet.

(14) So auch Nüßgens, aaO., S.19.

(15) Vgl. gegen Ewald mit weiteren Gründen: Nüßgens, aaO., S.14 ff; Stoevesandt, aaO., S.37 ff; Krapp, aaO., S.26 ff; ferner Wolff-Raiser, § 69 IV Note 25; Hälbig, aaO., S.27; Biller, aaO., S.28 ff, 38 ff.

boten, den rückerwerbenden Nichtberechtigten vom Schutz der Vorschriften auszunehmen.

Die Gutglaubensvorschriften bezwecken den Verkehrsschutz. Geschütztes Rechtssubjekt ist der vom nichtberechtigten Veräußerer rechtlich oder wirtschaftlich verschiedene Dritterwerber. Geschützter Vorgang ist der Verkehr als wirtschaftlich rechnender Güterumsatz, die Herbeiführung eines neuen wirtschaftlichen Erfolges also (1).

a)

Das Rückerwerbsgeschäft im engeren Sinne, die Übereignung von Z an N, ist, für sich allein gesehen, nach diesen Grundsätzen gewiß schützenswertes Verkehrsgeschäft: N und Z sind sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich nicht identisch.

Erwirbt nun aber der Nichtberechtigte aus Gründen zurück, die in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Zwischenverfügung stehen (2), so müssen die beiden selbständigen Übereignungen, Zwischen- und Rückverfügung, zusammenfassend als ein "zweiaktiger" Gesamtatbestand angesehen werden. Diese Notwendigkeit einer Zusammenfassung der beiden Übereignungen ergibt sich im Falle ihres rechtlichen Zusammenhanges aus der Tatsache, daß sie, wirtschaftlich gesehen, eine Einheit darstellen; denn mit der Rückübereignung wird in diesen Fällen lediglich ein mit der Zwischenverfügung versuchter, im Ergebnis aber erfolglos gebliebener Güterumsatz rückgängig gemacht.

Mit dieser Feststellung eines nur versuchten Güterumsatzes ist bereits Wesentliches für die Verkehrsgeschäftseigenschaft dieser Tatbestände gesagt: Ergibt eine zusammenfassende Betrachtung der beiden Übereignungen nach Rückerwerb, daß lediglich ein versuchter Güterumsatz rückgängig gemacht wurde, so fehlt es an einem neuen wirtschaftlichen Erfolg, dessen Herbeiführung die Gutglaubensvorschriften allein als schützenswert im Auge haben. Die Rückübereignung ist damit Nichtverkehrsgeschäft, der Schutz der Gutglaubensvorschriften dem rückerwerbenden Nichtberechtigten zu versagen (3).

(1) Vgl. oben S.12 ff.

(2) Vgl. die Darlegung der Problemsituation oben S.61.

(3) Vgl. auch Nüßgens, aaO., S.128 ff, der allerdings die termini "Innenverkehrsgeschäft" (hier Nichtverkehrsgeschäft) und "Außenverkehrsgeschäft" (Verkehrsgeschäft) verwendet.

b)

Erwirbt der Nichtberechtigte aufgrund eines neuen, selbständigen Kausalgeschäftes vom Zwischenerwerber, so besteht ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den beiden Übereignungen nicht. Damit entfällt die Möglichkeit einer zusammenfassenden Betrachtung von Zwischen- und Rückverfügung. Die Rückübereignung ist hier nicht Rückgängigmachung eines versuchten Güterumsatzes, sondern vielmehr neuer Güterumsatz, bei dem der Nichtberechtigte wie ein beliebiger Dritter auf der Erwerberseite auftritt. Ist er gutgläubig, so erscheint er auch um nichts weniger schutzwürdig als ein Dritter; seine frühere Nichtberechtigung kann hier keinen Einfluß auf seinen Erwerb haben (4).

Der Rückerwerb aufgrund einer selbständigen causa ist folglich schützenswertes Verkehrsgeschäft, die Gutglaubensvorschriften finden Anwendung

c)

Das Kriterium der Abgrenzung von Verkehrsgeschäften und Nichtverkehrsgeschäften bildet damit im Rahmen der Rückerwerbstatbestände der rechtliche Zusammenhang zwischen den beiden Übereignungen. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint eine Klarstellung erforderlich, wann ein solcher rechtlicher Zusammenhang besteht.

Es wurde festgestellt (4a), daß ein rechtsgeschäftlicher Verkehr da nicht stattfindet, wo nur ein versuchter Güterumsatz rückgängig gemacht wird, ein neuer wirtschaftlicher Erfolg also nicht eintritt. Weiterhin wurde dargelegt (4b), daß Rückgängigmachung eines erfolglos gebliebenen Güterumsatzes nur bei rechtlichem Zusammenhang zwischen Rückveräußerung und Zwischenverfügung angenommen werden kann. Es besteht also insofern eine Wechselwirkung zwischen der Eigenschaft der Rückübereignung als "Rückgängigmachung" und dem rechtlichen Zusammenhang beider Verfügungen. Die Begründung liegt in folgendem:

Die Bezeichnung "Rückgängigmachung" deutet darauf hin, daß ein mit der Erstübereignung beabsichtigter Erfolg nicht eingetreten ist. Dieser beabsichtigte Erfolg ist der endgültige Eigentumserwerb des Zwischenerwerbers. Nur dort kann folglich von einem nur versuchten, erfolglos gebliebenen Güterumsatz die Rede sein, wo dieser endgültige Eigentumserwerb nicht eintreten

(4) So auch Nüßgens, aaO., S.128 ff (130); a.A. Krapp, aaO., S.35 ff.

(4a) Vgl. oben S.12 ff.

(4b) Vgl. oben S.85 ff.

kann, weil ein gesetzlich begründeter Rückforderungsanspruch des Veräußerers besteht; nicht aber liegt ein erfolgloser Güterumsatz auch dann schon vor, wenn die Erstübereignung lediglich deshalb rückgängig gemacht wird, weil ein sonstiger, mit dieser Übereignung verfolgter Zweck nicht erreicht worden ist. Damit gewinnt für die Beurteilung der Frage, ob eine Rückübereignung Rückgängigmachung eines erfolglos gebliebenen Güterumsatzes ist, entscheidende Bedeutung die *causa* (5) der Rückübereignung: Denn nur wenn *causa* der Rückübereignung der gesetzliche Rückforderungsanspruch ist, wenn sich der Zweck "Rückgängigmachung" infolge seines typischen Vorkommens (6) vom bloßen Motiv zum Rechtsgrund "verdichtet" (7), handelt es sich um Rückgängigmachung eines erfolglosen Güterumsatzes (8).

Mit dieser Feststellung ergibt sich zugleich eine Bestimmung des rechtlichen Zusammenhanges der beiden Übereignungen: Erstübereignung und Rückübereignung hängen dann rechtlich zusammen, wenn die *causa* der Rückübereignung (9) durch die erste Übereignung zur Entstehung gebracht worden ist (10), wenn also der Veräußerer durch die erste Übereignung einen Rückforderungsanspruch erhalten hat (11), dessen Erfüllung Rückgängigmachung des erfolglosen Güterumsatzes bedeutet.

-
- (5) *causa* wird verstanden als der vom Recht aufgrund einer Parteivereinbarung oder wegen seines typischen Vorkommens beachteter, auf diese Weise aus der Reihe der Motive herausgehobene Zweck einer Vermögenszuwendung, vgl. hierzu H.P. Westermann, aaO., S. 63.
 - (6) Vgl. H.P. Westermann, aaO., S. 63.
 - (7) So in den Fällen, in denen der Rückforderungsanspruch auf ungerechtfertigter Bereicherung, Rücktritt oder Wandlung beruht.
 - (8) Nicht jeder Zweck, der die Rückgängigmachung einer Übereignung zum Inhalt hat, kommt als *causa* für die Rückübereignung in Betracht: Rückgängigmachung einer Übereignung können auch die Parteien bezwecken, die nach wirksamer Erstübereignung (nach erfolgreichem Güterumsatz) einen auf Rückübereignung gerichteten Vertrag schließen, weil das Geschäft sie reut. Hier ist *causa* für die daraufhin vorgenommene Rückübereignung der aufgrund der Parteivereinbarung geschaffene Zweck "Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtung"; der Zweck "Rückgängigmachung" ist lediglich Motiv. Vgl. hierzu H.P. Westermann, aaO., S. 90 ff und zur Abgrenzung von *causa* und Motiv S. 112.
 - (9) Der gesetzliche Rückforderungsanspruch also.
 - (10) So auch Nüßgens, aaO., S. 135, allerdings mit anderer Argumentation.
 - (11) Als Ursache für die Entstehung des Rückforderungsanspruchs kommen

Diese Begriffsbestimmung bedarf allerdings einer Erweiterung:

Denn stellt man, wie geschehen, bei Prüfung der Frage, ob rechtlicher Zusammenhang zwischen den beiden Übereignungen besteht, entscheidend darauf ab, ob die Rückübereignung in Erfüllung eines Rückforderungsanspruches vorgenommen wird, so kann es keine unterschiedliche Behandlung bedingen, ob der Rückforderungsanspruch gesetzlich oder vertraglich begründet ist. Es ist rechtlicher Zusammenhang zwischen Erst- und Rückübereignung folglich auch dann anzunehmen, wenn die Rückübereignung in Erfüllung eines vertraglichen Rückforderungsanspruches vorgenommen wird. Voraussetzung ist allerdings, daß beide Übereignungen auf demselben obligatorischen Grundgeschäft beruhen.

Dies betrifft vor allem die fiduziarischen Veräußerungen. Das den beiden Übereignungen gemeinsame Grundgeschäft ist hier der Treuhandvertrag. Aus ihm ergeben sich infolge Parteivereinbarung (12) die Zwecke (*causae*) für Erst- und Rückübereignung (13): Der Erstübereignung liegt als *causa* der Sicherungs- oder Verwaltungszweck zugrunde; die Rückübereignung erfolgt zum Zwecke der Erfüllung des mit Beendigung des Treuhandverhältnisses entstandenen Rückforderungsanspruches des Fiduzianten (14).

Es ist als Ergebnis vorstehender Untersuchung festzuhalten:

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Erstübereignung und Rückübereignung besteht dann, wenn die *causa* der Rückübereignung durch die Erstübereignung oder deren Grundgeschäft zur Entstehung gebracht worden ist, oder wenn die *causae* beider Übereignungen auf demselben Rechtsgrundgeschäft beruhen.

In diesen Fällen ist die Rückübereignung Nichtverkehrsgeschäft, da mit ihr lediglich ein erfolglos gebliebener Güterumsatz rückgängig gemacht wird.

freilich nicht nur die Übereignung selbst (so bei Rückforderungsansprüchen wegen ungerechtfertigter Bereicherung), sondern auch die damit zusammenhängenden Rechtsbeziehungen in Betracht, wie etwa die der Erstübereignung zugrunde liegende *causa* (so im Falle des vorbehaltenen und ausgeübten Rücktrittsrechtes).

- (12) Eine Parteivereinbarung, die vom Recht durch Anerkennung der Treuhandverhältnisse beachtet wird: Damit werden die Zwecke der im Rahmen des Treuhandverhältnisses vorgenommenen Vermögenszuwendungen als deren *causae* aus der Reihe der bloßen Motive herausgehoben, vgl. die vorab (S.87 Note 5) zugrunde gelegte Definition
- (13) Die *causae* ergeben sich hier also aus dem Bezug der Vermögenszuwendung (Übereignung) zum Grundgeschäft, vgl. H.P.Weszermann, aaO., S.90.

2.

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom berechtigten Zwischenerwerber

Ist die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam gewesen, so erwirbt dieser vom berechtigten Zwischenerwerber nach § 929 (§§ 925/873) BGB zurück, so daß ein Ausschluß der Gutgläubensschutzvorschriften beim Rückerwerbsgeschäft im engeren Sinne gegenstandslos ist.

Auch hier ist jedoch bei rechtlichem Zusammenhang von Zwischen- und Rückverfügung eine ex post vorzunehmende, zusammenfassende Betrachtung des Gesamttatbestandes geboten (15).

Ergibt eine solche Betrachtung, daß dem versuchten Güterumsatz der Erfolg versagt geblieben ist, so erscheint der Zwischenerwerber nachträglich nicht schutzwürdig; denn es ergibt sich nun, daß mit der Verfügung des Nichtberechtigten an den Zwischenerwerber ein neuer wirtschaftlicher Erfolg letztlich nicht eingetreten ist. Liegt damit mangels eines endgültigen Güterumsatzes ein schützenswertes Verkehrsgeschäft auch in dem Zwischenerwerbsgeschäft nicht vor, so muß die Anwendung der Schutzvorschriften auf diese Übereignung ausgeschlossen werden.

Da diese Feststellung jedoch erst nach Rückerwerb getroffen werden kann, so ist zunächst, d.h. vor Rückerwerb, ein Eigentumserwerb des Zwischenerwerbers aufgrund der Schutzvorschriften möglich (16). Tritt nun aber der Rückerwerbsfall ein, so entfallen der Eigentumserwerb des Zwischenerwerbers und der damit verbundene Eigentumsverlust des Altberechtigten mit ex-tunc-Wirkung. Der Nichtberechtigte erwirbt dann vom nichtberechtigten Zwischenerwerber, und es ist insoweit wieder die gleiche Sachlage gegeben wie im vorab behandelten Abschnitt. Es bleibt also auch hier der Altberechtigte Eigentümer seiner Sache.

(14) Insofern ungenau Nüßgens, aaO., S.135, der als gemeinsame causa beider Übereignungen den Treuhandvertrag, das Grundgeschäft also, ansieht.

(15) Es besteht insoweit kein Unterschied zu den vorab behandelten Fällen des Erwerbs vom nichtberechtigten Zwischenerwerber.

3.

Die vorgenommene Einschränkung der Gutglaubensschutzvorschriften als Rechtsfortbildung

Das zuvor gewonnene Ergebnis, der Ausschluß der Schutzvorschriften in den Fällen des Rückerwerbs des Nichtberechtigten, entspricht der nahezu einheitlichen Meinung in der Literatur (17); eine dogmatische Begründung wird jedoch vielfach nicht gegeben (18).

- (16) Veräußert der Zwischenerwerber also an einen Dritten weiter, so erwirbt dieser vom Berechtigten.
- (17) Vgl. Wolff - Raiser, aaO., § 69 IV; J.v.Gierke, Sachenrecht, S.89; Westermann, § 67 II 3; Baur, § 52 IV 2; Eichler, aaO., S.178/79 (der allerdings keinen Unterschied machen will, ob die Rückübereignung in rechtlichem Zusammenhang mit der Erstübereignung steht oder aufgrund einer neuen causa erfolgt); Hübner, aaO., S.87 Note 55; Nüßgens, aaO., S.128 ff; Ewald, aaO., S.296; Krapp, aaO., S.42 ff; Staudinger-Berg, § 932 Rdnr.35.
- (18) So stellt etwa J.v.Gierke, Sachenrecht, S.89, lediglich fest, daß die Gutglaubensvorschriften, da sie nur auf den Verkehrsschutz und den Eigentumserwerb zugunsten Dritter abgestellt seien, dann entfallen müßten, wenn sie formal zu einem unberechtigten Eigentumserwerb des nichtberechtigten Veräußerers selbst führten.
Krapp, aaO., S.56 ff (118), löst den Rückerwerb vom berechtigten Z durch Annahme einer relativen Rechtszuständigkeit: Der Rückerwerb des N führe nur zu einer relativen Berechtigung; der Nichtberechtigte werde zwar Rechtsinhaber gegenüber jedem Dritten, er werde es indessen nicht im Verhältnis zum Altberechtigten und dessen Gläubigern. Diese Lösung erscheint jedoch im Hinblick darauf bedenklich, daß eine Aufspaltung des Eigentums zwischen mehreren derart, daß jeder Inhaber des Vollrechts sein soll, streng genommen nicht möglich ist. Wie §§ 135, 136 BGB zeigen, gibt es zwar Ausnahmefälle einer relativ wirklichen Zuordnung. Da aber die relative Unwirksamkeit, vor allem ein relativ unwirksames Eigentumsrecht einen systemwidrigen Fremdkörper darstellt, muß derjenigen Lösung der Vorzug gegeben werden, die anstatt mit einer relativen Unwirksamkeit mit einer zeitlichen Folge von allseitiger Wirksamkeit und rückwirkender allseitiger Unwirksamkeit arbeitet, wie dies bei der hier vorgeschlagenen Lösung der Fall ist. Vgl. in diesem Sinn auch Westermann, § 3 I 1; Baur, § 3 II 1d.

Die hier gegebene Begründung, die Einschränkung der Schutzvorschriften ihrer ratio entsprechend, geht über die bei den einaktigen Erwerbsgeschäften im Wege der Auslegung vorgenommene Einschränkung (18a) hinaus: Denn es werden hier die Schutzvorschriften trotz rechtlicher und wirtschaftlicher Verschiedenheit von Veräußerer und Erwerber ausgeschlossen. Es ist deshalb die methodische Frage zu behandeln, ob sich die für die Rückerwerbstatbestände vorgeschlagene Restriktion noch im Rahmen einer Auslegung hält oder schon Rechtsfortbildung und als solche zulässig ist.

a)

Die eigentliche, über die Wortinterpretation hinausgehende Auslegung deutet den Sinn des Gesetzes aus seiner rechtspolitischen Zwecksetzung (19). Eine berichtigende - restriktive oder extensive - Auslegung ist dann zulässig und geboten, wenn überzeugend nachgewiesen werden kann, daß der Wille des Gesetzgebers zu eng oder zu weit ausgedrückt ist. Gegenstand der Auslegung ist also der in einer bestimmten Formulierung zum Ausdruck gelangte Gesetzeszweck, der Text also des Gesetzes. Damit ergibt sich bereits die Grenze der Auslegung: Eine berichtigende Auslegung ist da ausgeschlossen, wo der mögliche Wortsinn, d.h. die Gesamtheit derjenigen Bedeutungen, die nach allgemeinem Sprachgebrauch noch mit einem Ausdruck verbunden werden können (20), überschritten wird. Denn nur dem Text des Gesetzes und damit dem möglichen Wortsinn kommt die Autorität des vom Gesetzgeber Angeordneten zu (21).

(18a) Vgl. oben S.9 ff.

(19) Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.40 ff.

(20) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.243 ff, 273; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.126; Canaris, aaO., S.19 ff. Nach anderer Auffassung, vgl. Germann, aaO., S.111; Meier-Hayoz, aaO., S.54, 58, 61, ist eine Auslegung erst dann nicht mehr möglich, wenn dem Gesetz für einen bestimmten Fall keine Wertung zu entnehmen ist. Abgrenzungskriterium bildet hiernach also die oft nur mittelbar im Gesetz zum Ausdruck gelangte ratio legis. Diese Grenzziehung erscheint allerdings zu weit, denn "auslegen" läßt sich ein Gesetz doch nur dann, wenn der dahinterstehende Gedanke in irgendeiner, möglicherweise unzulänglichen, aber doch erkennbaren Weise zum Ausdruck gelangt ist. Welche Bedeutung eines Textes auch die "richtige" sein mag, sie muß jedenfalls mit dem Wortsinn vereinbar sein, vgl. Larenz, Methodenlehre, S.244; Engisch, aaO., S.82 ff; Enneccerus-Nipperdey, § 57 II u.III; RGZ 82, 325 ff.

Zu beachten bleibt jedoch, daß der besondere Sprachgebrauch des Gesetzes oder ein bestimmter juristischer Sprachgebrauch dem allgemeinen Wortsinn regelmäßig vorgehen (22). Damit kann nicht jede Wortbedeutung schlechthin in den Rahmen der Auslegung fallen: Besteht bezüglich eines bestimmten Ausdruckes ein bestimmter gesetzlicher oder juristischer Sprachgebrauch, so kommen für die Auslegung nur solche Wortbedeutungen in Betracht, die sich im Rahmen dieses Sprachgebrauches halten.

Auszulegende Ausdrücke sind vorliegend "Veräußerung" in § 932 BGB und "Rechtsgeschäft" in § 892 BGB.

Stellt man sich nun auf den Standpunkt, daß sich die vorgenommene Restriktion der Schutzvorschriften noch im Rahmen der Auslegung hält, so faßt man die "Veräußerung" in § 932 BGB als "Weiterveräußerung" auf (so im Falle des Rückerwerbs vom nichtberechtigten Z (23)), "der keine Rückveräußerung an den Nichtberechtigten nachfolgt" (so im Falle des Erwerbs vom Berechtigten (24)). Entsprechend legt man dem "Rechtsgeschäft" in § 892 BGB die Bedeutung eines "weiterveräußernden Rechtsgeschäftes" bei, "dem keine Rückveräußerung an den Nichtberechtigten nachfolgt" (25).

Eine Überprüfung des hinsichtlich der Ausdrücke "Veräußerung" und "Rechtsgeschäft" bestehenden gesetzlichen Sprachgebrauches zeigt jedoch, daß derartige Bedeutungen nicht mehr als unter den möglichen Wortsinn fallend angesehen werden können.

Zwar sind diese Ausdrücke allgemeine, umfassende Oberbegriffe, die nach allgemeinem juristischem Sprachgebrauch auch als "Weiterveräußerung" oder "weiterveräußerndes Rechtsgeschäft" aufgefaßt werden könnten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet die Begriffe "Rechtsgeschäft" und "Veräußerung" jedoch stets in ihrer allgemeinen Bedeutung (26); diese Begriffe

(21) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.243/244.

(22) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.258.

(23) Hier ist das Rückerwerbsgeschäft Nichtverkehrsgeschäft, der Nichtberechtigte kann auch nicht gutgläubig erwerben.

(24) Hier ist das Zwischenerwerbsgeschäft Nichtverkehrsgeschäft, der Erwerb des Zwischenerwerbers wird mit ex-tunc-Wirkung ausgeschlossen.

(25) So macht Krapp, aaO., S.47 ff, den Versuch, den Begriff der "Veräußerung" in § 932 BGB restriktiv als "Weiterveräußerung" zu interpretieren.

(26) Vgl. für "Veräußerung" etwa §§ 571, 580a, 1242, 1243, 1244 etc. BGB.
Vgl. für "Rechtsgeschäft": §§ 111, 112 Abs.I Satz 2, 113, 137, 138, 174, 180 etc. BGB.

sind nach dem Sprachgebrauch des BGB richtungsneutral: Niemals kommen ihnen die Bedeutungen "Rückveräußerung", "Weiterveräußerung" oder "weiterveräußerndes Rechtsgeschäft, dem keine Rückübertragung nachfolgt" zu. Derartige Begriffe sind also gegenüber den vom Gesetz verwendeten Ausdrücken "Veräußerung" und "Rechtsgeschäft" keine Unterfälle, keine möglichen Bedeutungen, sondern ein aliud, das mit diesen Ausdrücken nicht in Verbindung gebracht werden kann. Damit kann auch dem in § 932 BGB verwendeten Begriff der "Veräußerung" etwa nicht die Bedeutung einer "Weiterveräußerung" zukommen (27).

Die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung der Gutglaubensvorschriften dahingehend, den Rückerwerbsfall von ihrem Schutz auszunehmen, ist damit ausgeschlossen. Möglich ist lediglich eine Restriktion im Wege der Rechtsfortbildung (28).

b)

Auslegung und Rechtsfortbildung sind nicht wesensverschieden. Sie sind vielmehr zwei Stufen eines gedanklichen Verfahrens (29). Die methodisch geleitete Rechtsfortbildung ist nur eine Fortsetzung der eigentlichen Auslegung über den möglichen Wortsinn hinaus (30). Das zeigt sich vor allem darin, daß dieselben teleologischen Kriterien, die schon für die Auslegung gelten, auch auf der neuen Stufe maßgebend sind (31): Auch bei der Rechtsfortbildung handelt es sich um einen Vorgang, der an die dem Gesetz zugrunde liegende Wertung anknüpft (32).

-
- (27) Hierfür spricht auch, daß der historische Gesetzgeber eine solche Bedeutung keinesfalls im Auge hatte. Weder aus den Gesetzesmaterialien noch durch eine historische oder systematische Betrachtung der Gutglaubensregelung läßt sich ein direkter Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß der Gesetzgeber die Rückerwerbsfälle vom Schutz ausnehmen wollte; es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber an den Rückerwerbsfall überhaupt nicht gedacht hat, vgl. auch Hübner, aaO., S.87 Note 55, der von einem redaktionellen Versehen spricht.
- (28) Die Terminologie ist hier uneinheitlich; verschiedentlich spricht man such von "freier Rechtsfindung", vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.119 ff.
- (29) Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S.273; ders., Vortrag, S.1.
- (30) Der Übergang von Auslegung zu Rechtsfortbildung ist - das wird allgemein betont - flüssig, vgl. Engisch, aaO., S.146.

c)

aa)

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Rechtsfortbildung beruht vor allem auf der Erkenntnis, daß auch ein noch so sorgsam bedachtes Gesetz nicht für jeden einmal auftauchenden Fall eine Regel enthalten kann (33). Für diese Fälle muß dem Richter die Möglichkeit gegeben sein, die Lücken des Gesetzes so auszufüllen, daß er zu sachgerechten Entscheidungen gelangen kann (34).

bb)

Die Befugnis zur Rechtsfortbildung wird insoweit unbestritten zugestanden, als das Gesetz (35) lückenhaft ist (36).

cc)

Der Ausdruck "Lücke" deutet auf eine Unvollständigkeit des Gesetzes (37) hin. Nach wohl herrschender Auffassung (38) ist eine Norm oder eine Regelung im ganzen dann unvollständig, wenn sie eine Regel vermissen läßt, "die nach

(31) So Larenz, Methodenlehre, S.273.

(32) Vgl. Larenz in NJW 1965, 5.

(33) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.273; Germann, aaO., S.104. Die Fortbildung des Rechts ist in § 137 GVG ausdrücklich als Aufgabe der Rechtsprechung anerkannt.

(34) Vgl. BGHZ 3, 308 ff (315); 4, 153 ff (158).

(35) Genauer: das Ganze der in den Gesetzen und im Gewohnheitsrecht, sowie in einer ständigen Rechtsprechung bereits ausgeformten, zur unmittelbaren Anwendung geeigneten Rechtssätze; vgl. Larenz, Methodenlehre, S.279.

(36) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.279; ders., in NJW 1965, 2; Engisch, aaO., S.134 ff; Enneccerus-Nipperdey, § 58 III; Canaris, aaO., S.144 ff; Meier-Hayoz, aaO., S.26 ff. Gegen eine Rechtsfortbildung contra legem wenden sich neuerdings Stein, NJW 64, 1745 ff und Hirsch, JR 66, 334, der in der richterlichen Rechtsfortbildung einen Rechtsbruch sieht (vgl. aaO., S.341).

(37) Vgl. Note 35.

(38) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.279 ff; ders., in NJW 1965, 2; Engisch, aaO., S.134 ff; Meier-Hayoz, aaO., S.59 ff; Canaris, aaO., S.198.

ihrem eigenen Sinnzusammenhang, nach der Grundabsicht der Regelung oder der dem Gesetz innewohnenden Teleologie erwartet werden muß" (39).

Die möglichen Gesetzeslücken lassen sich unter den verschiedensten Gesichtspunkten einteilen. Mit der herrschenden Lehre (40) sind folgende Einteilungen möglich:

1. Unterscheidung nach der Art der Unvollständigkeit: Je nachdem, ob nur ein Teil eines Rechtssatzes, ein gesamter Rechtssatz oder ein Komplex von Rechtssätzen fehlt, spricht man von "Norm-, Regelungs- oder Gebietslücken".
2. Unterscheidung nach dem Verhältnis zum Wortlaut des Gesetzes: Je nachdem, ob der Wortlaut des Gesetzes zu eng oder zu weit ist, handelt es sich um eine "offene" oder eine "verdeckte" Lücke.
3. Unterscheidung nach dem Entstehungszeitpunkt der Lücke: Je nachdem, ob eine Lücke schon bei Erlass des Gesetzes vorhanden war oder erst nachträglich, etwa durch Veränderung der Verhältnisse, entstanden ist, spricht man von "anfänglicher" oder "nachträglicher" Lücke.
4. Unterscheidung nach der Stellungnahme des historischen Gesetzgebers:

(39) So Larenz in NJW 1965, 2; ders., Vortrag, S.2. Im Gegensatz zur Lücke steht der "Fehler" des Gesetzes: Hier ergibt sich die Unvollständigkeit des Gesetzes aufgrund einer dem Gesetz gegenüber selbständigen kritischen Würdigung, vgl. Larenz, Methodenlehre, S.282.

(40) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.279 ff; Engisch, aaO., S.134 ff, vor allem aber Canaris, aaO., S.129 ff. Eine Auseinandersetzung mit der Problematik einzelner Unterscheidungskriterien kann im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben. Es ist jedoch Canaris, aaO., S.131 ff zuzustimmen, wenn er Zitelmanns Unterscheidung in "echte" und "unechte" Lücken (vgl. Zitelmann, aaO., S.27 ff) ablehnt; denn diese Unterscheidung beruht auf dem unzutreffenden, "allgemeinen negativen Satz", wonach, abgesehen von den Fällen, in denen aufgrund besonderer Rechtssätze eine Handlung mit Strafe oder Schadensersatz bedroht ist, alle anderen Handlungen straffrei oder ersatzfrei bleiben. Dieser Satz aber ist logisch nicht haltbar, denn er schließt negativ vom Grund auf die Folge (vgl. zur Kritik des negativen Satzes Canaris, aaO., S.49 ff) und verkennt dabei, daß die Rechtssätze regelmäßig keinen ausschließlichen Charakter tragen.

Je nachdem, ob der historische Gesetzgeber das betreffende Problem erkannt hat oder nicht, liegt eine "bewußte" oder "unbewußte" Lücke vor.

dd)

aaa)

Nach der vorab gegebenen Lückendefinition gewinnen für die Feststellung, ob im konkreten Einzelfall eine Lücke vorliegt und damit die Befugnis zur Rechtsfortbildung gegeben ist, neben den Anordnungen des Gesetzes besondere Bedeutung die Wertungen des Gesetzes. Da jedoch selten die ratio legis unmittelbar die Geltung des Gesetzes fordert, muß zur Lückenfeststellung gewöhnlich der Gleichheitssatz herangezogen werden (41). Dieser besagt, daß Gleiches gleich (positiver Gleichheitssatz) und Ungleiches ungleich (negativer Gleichheitssatz) zu behandeln ist.

bbb)

Der negative Gleichheitssatz, das Gebot also, Ungleichartiges verschieden zu behandeln, dient als Mittel zur Lückenfeststellung überall dort, wo das positive Recht die wertungsmäßig gebotene Differenzierung nicht vornimmt, wo also ein Tatbestand zu weit gefaßt ist und die Einschränkung vermissen läßt, die durch den Zweck dieser oder einer anderen Regel und damit durch den teleologischen Zusammenhang gefordert wird (42). Die Feststellung der Lücke erfolgt hier durch den Nachweis, daß die ratio legis auf einen bestimmten Ausnahmetatbestand, der vom Wortlaut der Vorschrift erfaßt wird, nicht paßt: Die in ihrem Wortlaut zu weit gefaßte Norm "wird auf den ihr nach dem Zweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt" (43). Larenz (44) spricht hier von "teleologischer Reduktion" (45).

(41) Vgl. Canaris, aaO., S. 71 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 296.

(42) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 283/84; Canaris, aaO., S. 82.

(43) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 296; ders., in NJW 1965, S. 5.

(44) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 296; ders., in NJW 1965, 5. Die Terminologie ist hier uneinheitlich: nach Nipperdey, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 59 II, handelt es sich um "Restriktion".

(45) Die solchermaßen vorgenommene Rechtsfortbildung erfolgt nicht *contra legem*, sondern *praeter legem*, denn sie erfolgt streng innerhalb der ratio des Gesetzes, vgl. Canaris, aaO., S. 83.

ccc)

Unter Heranziehung des Normzweckes der Gutgläubensschutzvorschriften und des negativen Gleichheitssatzes muß man vorliegend hinsichtlich der Rückerwerbstatbestände eine Gesetzeslücke feststellen:

Die Gutgläubensvorschriften bezwecken den Verkehrsschutz. Ihr Wortlaut umfaßt jedoch auch diejenigen Tatbestände, in denen ein schützenswerter Verkehr nicht stattfindet - die Rückerwerbstatbestände. Da nach dem negativen Gleichheitssatz Ungleichartiges verschieden zu behandeln ist, sind die Tatbestände der Nichtverkehrsgeschäfte, der ratio der Schutzvorschriften entsprechend, aus deren Anwendungsbereich herauszunehmen: Die teleologische Reduktion zeigt die Lücke.

Nach den vorab aufgestellten Abgrenzungskriterien handelt es sich hier um eine unbewußte, anfängliche, verdeckte Regelungslücke: Der historische Gesetzgeber hat es - unbewußt - unterlassen, den zu weit gehaltenen Gutgläubensschutzvorschriften eine Einschränkung hinsichtlich der Rückerwerbsfälle hinzuzufügen; eine solche "negative Geltungsanordnung" (46) erfordert jedoch der hinter diesen Vorschriften stehende Verkehrsschutzzweck.

ee)

aaa)

Sieht man solchermaßen die teleologische Reduktion als Mittel der Lückenfeststellung an, so ergibt sich hieraus zugleich die Ausfüllung der Lücke; Feststellung und Ausfüllung der Lücke sind nicht zwei getrennte Verfahren, sondern ein einheitlicher Vorgang (47). Dies hat seinen Grund darin, daß vorliegend nur zwei Rechtsfolgen denkbar sind: Gutgläubiger Erwerb kann nur zulässig oder ausgeschlossen sein, "tertium non datur". Schränkt man also die Schutzvorschriften dahingehend ein, daß sie nur für Verkehrsgeschäfte gelten sollen, so ergibt sich damit ohne weiteres die Rechtsfolge, daß sie für Nichtverkehrsgeschäfte nicht gelten können. Infolge der teleologischen Reduktion tritt dann für die Nichtsverkehrsgeschäfte die allgemeine Regel wieder in Kraft, deren Ausnahmetatbestände die Schutzvorschriften bilden: Der Erwerb vom Nichtberechtigten ist grundsätzlich ausgeschlossen ("nemo plus iuris...").

(46) So Larenz, Methodenlehre, S.285.

(47) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.291, 298; Canaris, aaO., S.151.

Dies gilt, wie Canaris, aaO., nachweist, lediglich dann nicht, wenn mehr als zwei Rechtsfolgen in Betracht kommen.

bbb)

Da nun aber die Wortfassung der Schutzvorschriften dieser Einschränkung entgegensteht, bedarf es zur äußeren Kenntlichmachung der Lückenausfüllung der Normierung der teleologischen Reduktion; es ist also den Schutzvorschriften der sinngemäß geforderte Ausnahmetatbestand hinzuzufügen (48). Der Richter übernimmt hierbei die Rolle des Gesetzgebers: Er hat diejenige Normregel aufzustellen, "die der Gesetzgeber aufstellen würde, um den zu entscheidenden Fall generell abstrakt im Rahmen der Gesamtrechtsordnung zu regeln" (49) (50).

cc)

§ 932 BGB etwa würde hiernach zwei neue Absätze erhalten:

Abs.III Satz 1: Die Anwendung der Vorschrift ist dann ausgeschlossen, wenn der Nichtberechtigte die von ihm veräußerte Sache aufgrund eines Kausalgeschäftes zurückerwirbt, das in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Erstübereignung steht.

Satz 2: In diesem Falle entfällt auch der Rechtserwerb des gutgläubigen Zwischenerwerbers mit rückwirkender Kraft.

Abs.IV: Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Kausalgeschäft oder der Kausalbeziehung der Rückübereignung und der Erstübereignung besteht dann, wenn das Kausalgeschäft oder die Kausalbeziehung der Rückübereignung durch die Erstübereignung oder deren Kausalgeschäft zur Entstehung gebracht worden ist oder beide Übereignungen auf demselben obligatorischen Grundgeschäft beruhen.

Entsprechende Absätze sind auch den übrigen Gutglaubensschutzvorschriften hinzuzufügen.

(48) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.296; ders., in NJW 1965, 5.

(49) So Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.119.

(50) In diesem Sinn enthält Art.1 des Schweiz.ZGB vom 10.12.1907 einen übernationalen Rechtsgedanken: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung." Vgl. hierzu Meier-Hayoz, aaO., S.76 ff.

d)

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß sich die nach der Interessenlage erwünschte Rechtswirkung, der Ausschluß also des rückerwerbenden Nichtberechtigten vom Schutz der Gutgläubensvorschriften, im Wege einer Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion ergibt: Die zu weit gefaßten Schutzvorschriften werden nach dem Grundgedanken dieser Regelung auf den ihr sinngemäß zukommenden Anwendungsbereich, die Verkehrsgeschäfte, zurückgeführt. Hinsichtlich der Rückerwerbstatbestände gilt dann wieder der allgemeine Satz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann als ihm zustehen.

4.

Der Sondertatbestand des "böswilligen" Rückerwerbs

Fall 30: N hat von A ein wertvolles, seltenes Buch ausgeliehen. N möchte das nicht mehr erhältliche Werk von A käuflich erwerben. A lehnt jedoch ab. N, dem die Gutgläubensschutzvorschriften des BGB bekannt sind, veräußert das Buch an den nichtsahnenden Z zu einem geringen Preis. Bald darauf gelingt es N, den Z durch Anbieten einer großen Summe zur Rückübereignung des Buches an ihn zu bewegen.

a)

Soweit in diesen Fällen der Rückerwerb aufgrund einer selbständigen causa erfolgt (51), handelt es sich um ein Verkehrsgeschäft und ein Ausschluß der Schutzvorschriften unter diesem Gesichtspunkt ist nicht möglich. Denn der Verkehrsgeschäftsbegriff bestimmt sich allein nach dem objektiven Kriterium des versuchten, erfolglos gebliebenen Güterumsatzes. N würde also ungeachtet seines bösen Glaubens Eigentum erwerben, da er vom berechtigten Z erwirbt.

b)

Eine Lösungsmöglichkeit ergibt sich jedoch hier aufgrund einer "Gesetzesumgehung".

(51) N kann selbstverständlich auch aufgrund vorbehaltenen und ausgeübten Rücktrittsrechtes "böswillig" zurückerwerben; dann ist freilich nach den zuvor aufgestellten Grundsätzen der Rückerwerb Nichtverkehrsgeschäft.

aa)

Das "agere in fraudem legis" ist nicht lediglich auf Verbotsgesetze beschränkt (52). Von einer Gesetzesumgehung kann vielmehr auch gegenüber Gebotsgesetzen, Formvorschriften und zwingenden Rechtssätzen überhaupt gesprochen werden. Denn ausschlaggebend können allein Sinn und Zweck einer Norm sein, d.h. ob ein bestimmter rechtlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Erfolg verboten oder aber allein möglich sein soll (53). Dementsprechend muß man auch die Umgehung der Gutgläubensschutzvorschriften durch einen bösgläubigen Nichtberechtigten als "agere in fraudem legis" ansehen. Denn nach Sinn und Zweck der Vorschriften soll allein der Erwerb eines Gutgläubigen möglich sein, der bösgläubige Nichtberechtigte selbst verdient keinen Schutz.

Ob nun das Umgehungsgeschäft den erstrebten Erfolg hat oder nicht, hängt demzufolge allein von der Eigenart und Zwecksetzung des umgangenen Gesetzes ab (54). Die Antwort bringt also auch hier letztlich eine teleologisch begründete Einschränkung der betreffenden Vorschrift, sei es im Wege der Auslegung, sei es durch freie Rechtsfindung.

bb)

Die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung scheitert auch hier am möglichen Wortsinn der Schutzvorschriften (55). Die Befugnis für die interessengemäß zu

(52) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190 III 2; Hellwig, aaO., S.371; Nüßgens, aaO., S.155 ff; a.A. Ewald, aaO., S.286; Stoevesandt, aaO., S.67.

(53) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190 III 2.

(54) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190 III 3. Coing, vgl. Staudinger-Coing, § 117 Rdnr.21, ist aus diesem Grunde der richtigen Auffassung, daß eine besondere Theorie des "in fraudem legis agere" da nicht nötig ist, wo eine teleologische Auslegung herrscht. Es genügen dann für die Bekämpfung der Umgehungsgeschäfte die Grundsätze zweckvoller Auslegung. Daß hier trotzdem eine besondere Theorie entstanden ist, beruht nach Coings Auffassung auf der Tatsache, daß in Rom lange Zeit strenge Wortauslegung herrschte. - Teichmann, aaO., will die Fälle der Gesetzesumgehung teils durch Auslegung, teils durch Analogie erfassen. Seien beide Möglichkeiten ausgeschlossen, so soll das betreffende Rechtsgeschäft ohne Beschränkung zulässig sein, vgl. S.106.

(55) Die Begründung ist hier die gleiche wie die oben, S.91 ff gegebene: Wollte man die Einschränkung im Wege der Auslegung vornehmen, so

fordernde Einschränkung ergibt sich aber aufgrund einer teleologischen Reduktion:

Nach dem Zweck der Gutgläubensvorschriften soll nur der gutgläubige Dritterwerber geschützt werden. Der Wortlaut der Schutzvorschriften geht über diesen Zweck hinaus; denn er erfaßt mittelbar dadurch auch den nicht schutzwürdigen Nichtberechtigten, daß er dem vom Nichtberechtigten dazwischengeschobenen Gutgläubigen den Erwerb ermöglicht. Der Gesetzgeber hat es also unterlassen, diesem zu weit gefaßten Wortlaut eine der ratio der Vorschriften entsprechende Einschränkung hinzuzufügen: Auch insofern liegt hier also eine verdeckte Regelungslücke vor.

Mit dieser Feststellung einer Regelungslücke ergibt sich zugleich deren Ausfüllung (56). Es ist den Schutzvorschriften lediglich der sinngemäß zu fordernde Ausnahmesatz hinzuzufügen.

Der zuvor neu geschaffene Abs.III Satz 1 des § 932 BGB erhält damit eine Ergänzung:

§ 932 Abs.III Satz 1: Die Anwendung der Vorschrift ist dann ausgeschlossen, wenn der Nichtberechtigte die von ihm veräußerte Sache aufgrund eines Kausalgeschäftes zurückerwirbt, das in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Erstübereignung steht, oder wenn der Nichtberechtigte die von ihm veräußerte Sache von einem Gutgläubigen zurückerwirbt, an den er bösgläubig in der Absicht veräußert hatte, von diesem zurückzuerwerben.

mußte man dem Ausdruck "Veräußerung" in § 932 BGB die Bedeutung einer "Veräußerung, der keine Rückübereignung an den Nichtberechtigten nachfolgt", beilegen. Eine solche Bedeutung ist jedoch, wie oben S.92 dargelegt, nicht mehr mit dem möglichen Wortsinn des Begriffes "Veräußerung" vereinbar.

(56) Vgl. oben S.97.

ZUSAMMENFASSUNG

Als Gesamtergebnis der vorliegenden Arbeit kann festgehalten werden:

1. Eine sinndeutende Auslegung der Gutgläubensschutzvorschriften ergibt, daß der Schutz der Vorschriften in den Fällen der personellen oder wirtschaftlichen Identität von Veräußerer und Erwerber und bei fehlendem wirtschaftlichem Eigeninteresse des Erwerbers versagt werden muß; in diesen Fällen findet ein schützenswerter rechtsgeschäftlicher Verkehr nicht statt.
Diese Einschränkung der Schutzvorschriften hält sich im Rahmen der Auslegung.
2. Als Nichtverkehrsgeschäfte sind vom Schutz der Gutgläubensvorschriften weiterhin diejenigen Fälle auszunehmen, in denen ein Nichtberechtigter den von ihm veräußerten Gegenstand aufgrund eines Kausalgeschäftes zurückerwirbt, das in rechtlichem Zusammenhang mit der Erstübereignung steht.
Es handelt sich hierbei um eine im Wege freier Rechtsfindung vorgenommene teleologische Reduktion der Schutzvorschriften auf den ihnen zukommenden Anwendungsbereich.
3. Eine mögliche Definition der Nichtverkehrsgeschäfte kann lauten:
Nichtverkehrsgeschäfte und nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der Gutgläubensvorschriften vom Schutz dieser Vorschriften auszunehmen sind diejenigen Tatbestände, bei denen personelle oder wirtschaftliche Identität zwischen Veräußerer und Erwerber besteht oder bei denen der Erwerber kein wirtschaftliches Eigeninteresse am Erwerb hat (einaktige oder direkte Erwerbsgeschäfte) oder in denen ein erfolgloser Güterumsatz dadurch rückgängig gemacht wird, daß ein Erwerber einen Gegenstand, über den er als Nichtberechtigter verfügt hat, von einem Zwischenerwerber aufgrund eines Kausalgeschäftes zurückerwirbt, das in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Erstübereignung steht (zweiaktige oder Rückerwerbstatbestände).

LEBENS LAUF

Am 9. Januar 1940 wurde ich als letztes von vier Kindern des Oberregierungs-rats Dr. Wilhelm Reeb und dessen Ehefrau Dorothea, geb. Romeiser, in Darmstadt geboren. Von Herbst 1946 bis Ostern 1950 besuchte ich die Volksschule in Gießen und daran anschließend das dortige humanistische Landgraf-Ludwigs-Gymnasium. Nach der Übersiedlung meiner Familie nach Darmstadt trat ich dort im Januar 1951 in die Sexta des humanistischen Ludwig-Georgs-Gymnasiums ein. An dieser Schule legte ich im März 1959 die Reifeprüfung ab.

Von 1959 bis Ende 1963 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten in Frankfurt/Main und Mainz. Am 16. Juni 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Ministerium der Justiz in Mainz die erste juristische Staatsprüfung. Am 28. August 1964 wurde ich vom Hessischen Minister der Justiz zum Gerichtsreferendar ernannt. Seit dem 7. 12. 1965 bin ich im Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 20. 12. 1966.

